Bavar. 659-6

Sammlung

unserlesener bayer'scher

Rechtsfälle, Präjudicien

und anderer

interessanter Erkenntnisse

herausgegeben

von

Max Freyherrn du Prel,

königl. Advokaten zu Landshut.

6

VI. Band.

Landshut, 1838.

Druck und Verlag der Joseph Thomann'schen Buch- und Kunsthandlung.

(Joh. Nep. Attenkofer.)

Bavar. 659-6

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

B 62

Mit dem VI. Bande schließe ich vor der Hand die gegenwärtige Sammlung, lediglich aus Mangel an Beiträgen. Von allen H. H. Rechtsanwälten im ganzen Königreiche haben mich nur fünf namhaft mit Beiträgen unterstützt, von den H. H. Staatsdienern gar nur ein einziger.

Diesem Mangel abzuhelfen, suchte ich bei dem königlichen Ministerium der Justiz die huldvollste Bewilligung nach, deren sich der Herausgeber der Blätter für Rechtsanwendung in Bayern erfreut, nämlich die Benü-

tzung der (hiesigen) appellationsgerichtlichen Registratur, erhielt sie aber nicht; und so könnte ich mit Cicero sagen: tam brevis fui, quam cogebar, non quam volebam; doch gebe ich nicht die Hoffnung auf, daß eine regere Unterstützung von Seite der Freunde der Rechtswissenschaft mich vielleicht später noch in den Stand setzen wird, diese Sammlung fortzusetzen.

Landshut, am 3. Jänner 1839.

Max Freiherr du Prel,
königlicher Advocat.

Inhalts-Verzeichnis

des

sechsten Bandes.

A.

Acceptation — ob sie bei einer realen Schankung erfoderlich sei? S. 142.

Adjacenten — wer von mehreren Adjacenten eine Nothfahrt zu dulden hat s. Nothfahrt.

Allodification — der erloschenen Gerichtsbarkeit eignet sich zur Cognition des Civilgerichts. S. 329.

B.

Bilateralverträge — ob bei B. der Executionsproceß stattfinde. S. 204.

C.

Certioration — ob sie bei einem Kaufe, welchen das Eheweib in Gemeinschaft ihres Mannes schließt, nöthig sei. S. 383. sqq.

Collegiale Berathung — bei Untergerichten s. Erkenntniß. S. 191. sqq.

Competenz — bei Streitigkeiten wegen Entfernung des Weiderechts. S. 279.

Consens ad hypoth. — ob er nöthig sei bei maierschaftsfristigen Gütern. S. 23. sqq.

Consens — ob die Veräußerung eines grundbaren Gutes ohne C. des Grundherrn rechtsgiltig sei. P. 58. sqq. 61. sqq.

— — ob bei Mangel eines grundherrlichen C. bei einer Klage auf Kaufserfüllung die Klage abgewiesen werden darf. S. 225.

Culturs behörden — welche Sachen sich zu deren Entscheidung eignen. S. 275, 279.

Cultur-Streit — s. Rechtsfall XVII. S. 267—319.

D.

Diensteigenschaft, reale — patrimonialgerichtlicher Beamter s. Erkenntniß. S. 334. sqq.

E.

Exceptio non implet. contractus s. Bilateralverträge.
Executivproceß — ob selber bei Bilateralverträgen stattfindet. S. 204. sqq.
Errungenschaft — s. Erkenntniß hierüber. S. 234. sqq.

F.

Fiscus — gegen den kön. F. greift bei Servituten die unfürdenkliche Verjährung Platz. S. 191.
— — ob selber zur Führung von Comunal- und Stiftungs-Verträgen verbunden sei. S. 224.
Forum prorogatum — s. Erkenntniß hierüber. S. 201. sqq.

G.

Gerichtsbarkeit — die gutsherrliche G. ist durch Grundherrlichkeit und durch das Vorhandenseyn von auf eigenem Grund ansässigen Familien bedingt. S. 3. sqq.
— — kann titulo reali nur auf solchen Gütern ausgeübt werden, welche zu einer Hofmark gehörig — Pertinenzien sind; selbst der Beweis des Eigenthums reicht nicht hin. S.
— — ob die gutsherrliche G. über ein einschichtiges Gut ausgeübt werden darf, so ferne sie nicht titulo reali vor dem Jahre 1806 hierauf hergebracht war. S. 25—32.
— — ob über k. Grundholden ein Private die G. ausüben darf? S. 32—54.
— — in welchem Verhältnisse stehen sich die Regierung und der Gutsherr bei Einziehung einer Gerichtsbarkeit gegenüber. S. 323.
— — wann die Regierung zur Herausgabe einer eingezogenen G. angehalten werden kann. S. 323.
— — wann selbe über ein lehenbares Gut erlischt? S. 326.
— — wie weit sich selbe titulo reali erstrecke. S. 331.
— — über kön. Grundholden s. Erkenntniß. S. 334. sqq.
Grundherrlichkeit — s. Gerichtsbarkeit.

H.

Haereditates jacentes — ob selbe jura minorenitatis gaudiren. S. 226. sqq.
Hintersassen — Bestimmung der 4 Stunden, über welche H. vom Patrimonial-Gerichtssitze nicht entfernt seyn dürfen. S. 54 — 58.
Hypothekgläubiger — Rechte derselben bei einem Theilverkaufe. S. 364. sqq.

I.

Jahreszinsen — in welchem Sinne diejenigen zu verstehen seien, wovon der § 12. Nr. 11. des Hyp.-Ges. spricht? S. 350.
Illegitime Kinder — ob solche mit den Geschwistern einer verstorbenen Mutter jure praesentationis in einer Erbschaft succediren können. S. 346. sqq.
Irrthum — wodurch solcher bewiesen werden kann. S. 313. sqq.

K.

Kaufvertrag — s. Erkenntniß S. 352.
Klagehäufung — s. Erkenntniß S. 352.

L.

Litisconsortium — s. Erkenntniß S. 217.
Litiscontestation — Verurtheilung zur L., wenn die Klagsgeschichte auf Urkunden beruht, s. Erkenntniß S. 206.
— — wann selbe eventuel stattzufinden habe. S. 221.
Litisdenunciat — ob der L. gezwungen werden kann, sich auf die Litisdenuntiation einzulassen. S. 206.
Litisdenunciation — Rechtsfall XVI. S. 248 — 264.

N.

Nothfahrt — wenn eine N. in Anspruch zu nehmen ist, wer selbe zu dulden hat? S. 194.
— — Begründung einer Klage hierüber. S. 194.

P.

Pactum successorium — Rechtsfall XV. S. 153 — 181.
Perhorrescenz — über P. der Untergerichte s. Erkenntniß S. 195. spp.

*

Possessorium summariissimum — ob es in juris dictionalibus et regalibus Platz greife? S. 64—78.
— — Unterschied desselben zwischen der Spolienklage. S. 220.
Präjudizielle Fragen — wann solche entschieden werden sollen. S. 297.
Präclusion — wann selbe gegen alle übrigen Einreden stattfinde. S. 208.
Priorität — ein Erkenntniß hierüber. S. 378. sqq.
Provocatio ex lege diff. — Eigenschaft derselben. S. 112. sqq.
Provocationsklage — ob selbe stattfindet, wenn der Kläger selbstständig auftreten kann. S. 115. sqq.

R.

Rescision — welcher Gläubiger auf R. einer Veräußerung dringen kann. S. 144.
— — ob Gläubiger bei Rescission einer Veräußerung titulo oneroso den Werth des veräußerten Objects erstatten muß. S. 145. sqq.

S.

Schankung — ob bei einer realen Sch. die Acceptation erfoderlich sei. S. 142. sqq.
Servituten — bei S. muß das dienstpflichtige Gut so viel als möglich geschont bleiben. S. 132.
— — Erkenntniß hierüber S. 182—194.
Servitut — wann eine solche vorhanden sei. S. 190.
— — bei S. gegen den kön. Fiscus greift die unfürdenkliche Verjährung Platz. S. 191. sqq.
— — wann selbe erlischt. S. 286. sqq.
Servitutenstreit s. Rechtsfall S. 267 — 519.
Specialinquisition — Einfluß derselben auf den Gehalt eines Beamten s. Erkenntniß S. 340. sqq.
Spolium — Voraussetzung desselben. S. 78. sqq.
— — ob eigenmächtige Besitzergreifung jeder Art ein Spolium sei. S. 89.
— — in Einziehung der Gerichtsbarkeit s. Erkenntniß S. 137. sqq.
Spolienklage — ob sie wegen persönlicher Foderungsrechte stattfindet? S. 80. sqq. 83.
— — Voraussetzung derselben. S. 86. sqq.
— — Unterschied zwischen einer Spolienklage in dem possessor. summariss. S. 220.

V.

Veräußerung — die V. eines grundbaren Gutes ohne Consens des Gutsherrn ist nichtig. S. 58. sqq. 61. sqq.
— — bei V. titulo oneroso muß der Gläubiger, welcher sie rückgängig machen will, den Werth des veräußerten Objects erstatten. S. 141. sqq.
— — selbe ist ungiltig, wenn der Faustpfand-Gläubiger das Pfand weiter veräußert. S. 230.
Verbriefung — s. Verträge.
Verfügung, provisorische — wann selbe im Laufe des Prozesses stattfinde. S. 218. sqq.
Verjährung, unfürdenkliche — greift bei Servituten gegen den kön. Fiscus statt. S. 191. sqq.
Versicherung — wann selbe bei Hinwegfallung eines Lehen-Consenses doch als Hypothek fortbesteht. S. 229.
Verträge — ob zur Giltigkeit derselben obrigkeitliche Verbriefung erfoderlich sei. S. 142.
Verzicht — ob der Verzicht auf eine Prozeßhandlung ein Unterlassen oder selbst eine Handlung sei. S. 125.
Vindicant — an wem sich der V. wegen Herausgabe eines Pfandes zu halten habe. S. 231. sqq.
Vogthaber — Eigenschaft desselben. S. 320. sqq.

W.

Weideservituten — Maaßstab der Entschädigung bei Ablösung derselben. S. 286, 289.

1.

A.

Das köll. bayer. Kreis- und Stadtgericht M. an das k. Finanz-Fiscalat des Isar-Kreises dahier:

Die gutsherrl. Gerichtsbark. ist durch Grundherrlichkeit und durch das Vorhandenseyn von — auf eigenem Grund ansässigen Familien bedingt.

Dasselbe wird mit seiner Klage gegen N. N., Patr.-Gerichtsbarkeit betreff., vom 14. vor., praes. 2. l. M. in der angebrachten Art abgewiesen, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Nach dem Edicte über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 26. Mai 1818 kann diese nicht ausgeübt werden

a) von Unadeligen

b) in Gutsbezirken, wo resp. auf welchen dieselbe nicht schon vor dem Jahre 1806 begründet und eine Patrimonialgerichtsbarkeit hergebracht war;

c) über freieigene Gutsbesitzer oder über fremde Emphyteuten, endlich

d) auch nicht über eigne Grundholden, die weiter als 4 Stunden von dem Gerichtssitze entfernt sind.

Daraus ergibt sich

2. daß die gedachte Gerichtsbarkeit ausgeübt werden darf von adeligen Gutsbesitzern auf ihrem Grundeigenthume bis auf eine Entfernung von 4 Stunden vom Amtssitze, soferne diese Jurisdiction auf diesem Eigenthume schon vor dem Jahre 1806 begründet und förmlich ausgeübt worden ist.

3. Das Recht zur Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit erfodert daher neben der persönlichen Qualification

den Besitz eines schon vor dem Normaljahre 1806 mit der Jurisdiction versehenen nicht über 4 Stunden vom Sitze des Gerichtes entlegenen Grundeigenthums, worauf die Jurisdiction auch exercirt ward.

4. Daß eines dieser Requisite hinsichtlich der von dem Beklagten bei dem Gute F. ausgeübten Gerichtsbarkeit mangle, ist in der Klage nicht behauptet, sondern es ist bloß asserirt, daß sich im ganzen Bezirk des fraglichen Gutes kein einziger Grundhold befinde.

5. Dieses Assert erscheint, da es nicht unter die Erfodernisse gehört, daß das Grundeigenthum eines Gerichtsherrn getheilt, und er bloß Obereigenthümer sey, für die Jurisdictions-Befugniß als gänzlich irrelevant. Es ist nämlich

6. die gutsherrliche Gerichtsbarkeit (jurisdictio realis vel patrimonialis) kein Ausfluß der Grundherrlichkeit, was nach der Klagsbehauptung der Fall seyn müßte, sondern des Inhabens eines Grundeigenthums überhaupt, auf welchem das Recht der Jurisdiction haftet. Es trifft, sagen die Anmerkungen ad Cod. jud. cap. 1. § 22. hierbei das Axiom ein, quod jurisdictio inhaeret fundo, sicut nebula paludi.

7. Sitzen auf dem mit der Jurisdiction versehenen Grunde Emphyteuten, so stehen sie, nicht weil sie Emphyteuten, sondern weil sie auf diesem Grunde angesessen sind, unter der Gerichtsbarkeit, die ihr Grundherr mit dem Grunde erlangt hat. Eben darum aber, weil die Jurisdiction auf dem Grunde haftet, erstreckt sie sich nicht über die etwa vorhandenen Grundholden allein, sondern über Jedermann, der sich auf dem jurisdictionsbaren Boden befindet, und nicht allenfalls ein privilegirtes Forum hat.

8. Der deutliche Beweis, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit nicht aus der Grundherrlichkeit fließt, liegt darin, daß ehedem der hofmarkische Gerichtszwang in geschlossenen Hofmarken nicht bloß auf eigenthümliche, sondern auch auf fremde Gründe ging, (Cod. jud. cap. 1. § 21. in notis) und daß zum Behufe der Purification der Patrimonialgerichte durch das organische Edict vom 16. Aug. 1812 sogar gestattet worden ist, unmittelbar landgerichtische Familien, die dem Staate

grundbar waren, unbeschadet des Grundbarkeitsverhältnisses tauschweise dem Jurisdictionsbezirke einzuverleiben.

9. Hat gleich hierin das Edict vom 26. Mai 1818 eine Abänderung getroffen, und die Patrimonialgerichtsbarkeit auf die engeren Gränzen der Eigenthümlichkeit zurückführend, bestimmt, daß sie nicht mehr statt habe über die Besitzer freieigner Güter oder fremder Grundholden, sondern daß sie beschränkt sey auf die eigenen Grundholden des Gutsherrn, so kann doch aus dieser die Gerichtsbarkeit bloß von freien Grundeigenthümern und von fremden — im Gegensatze der eigenen — Grundholden abzielenden Bestimmung nicht gefolgert werden, daß die Jurisdiction von dem eigenen Grund und Boden, wenn er nicht im emphyteutischen Verbande steht, genommen sey.

Eine solche Aufhebung der ganzen historischen Basis der Gerichtsherrlichkeit hätte, wenn sie beabsichtigt worden wäre, klar ausgesprochen und nicht einer etwaigen Folgerung anheimgestellt werden müssen.

10. Daß aber die fragliche Bestimmung den Sinn nicht habe, welcher agendo damit verbunden werden will, und daß also das Recht zur Jurisdiction nicht als Ausfluß des Bestehens emphyteutischer Verhältnisse angesehen worden ist, erhellet daraus, daß dem Beklagten zwei Jahre nach dem Erscheinen des Edictes über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit allerhöchsten Ortes gestattet wurde, auf seinem ungetheilten Grundeigenthum ein Patrimonialgericht zu errichten.

11. Daß von dem Beklagten hierbei das wahre Verhältniß verschwiegen, und die Bewilligung zur Bildung eines Patrimonialgerichtes allenfalls erschlichen worden sey, ist nicht asserirt.

12. Da nun ex deductis hervorgeht, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit nicht auf der Grundherrlichkeit, d. h. auf der Existenz ansässiger Grundholden beruht, diese Behauptung aber als fundamentum agendi hingestellt ist, so erscheint die Klage in der gestellten Art und zwar gleich a limine ab-

weisbar, weil — wo es an einem haltbaren Grunde — causa petendi et medium concludendi gebricht, die Eröffnung der Verhandlung mit rechtlichem Effecte nicht möglich ist.

Am 13. April 1832.

2.

B.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das Appellationsgericht für den Isar-Kreis in der Streitsache des königl. Finanzfiscalates des Isar-Kreises gegen N. N., wegen Ausübung der Gerichtsbarkeit, auf die von dem klagenden Fiscus anher ergriffene Berufung, abändernd den Beschluß des Kreis- und Stadtgerichts M. vom 13. April l. J. zu Recht:

Die Klage de praes. 2. April l. J. sey nicht angebrachter Massen abzuweisen, sondern gerichtsordnungsmäßig zu verhandeln und salva appellatione zu entscheiden, wie Recht ist.

Gründe.

Die von dem Finanzfiscalate des Isar-Kreises sub praes. 2. April l. J. gegen den N. N. wegen unbefugter Ausübung der Gerichtsbarkeit bei dem Sitze F. erhobene Klage wurde von dem Kreis- und Stadtgerichte M. durch Beschluß vom 13. April l. J. angebrachtermassen abgewiesen, und hiegegen ergriff der k. Fiscus die Berufung, bittend auf Stattgebung der implorirten Verhandlung zu erkennen.

Die Appellation ist gegründet, denn:

1. die Klage des kön. Fiscus ist auf die Behauptung gestützt, nach der Verfassung des Reichs, in Sonderheit nach den Bestimmungen des Edicts über die gutsherrli-

chen Rechte vom 26. Mai 1818 beruhe die gutsherrliche Jurisdiction auf der Grundherrlichkeit, sie setze in ihrem Essentiale gegenüber dem Gutsherrn — Grundholden, also ein emphyteutisches Verhältniß voraus; da wo dieses Verhältniß mangle, wo der Besitzer eines Gutes Grundeigenthümer, und nicht Gutsherr sey, könne gutsherrliche Gerichtsbarkeit nicht ausgeübt werden, wären auch außerdessen alle übrigen verfassungsmäßigen Vorbedingungen hiezu gegeben. N. N. sey, fährt dann der klagende Fiscus fort, nicht Gutsherr, sondern Grundeigenthümer seines Sitzes F., er könne also in Mangel von Grundholden die Gerichtsbarkeit nicht ausüben, und somit könne auch sein Patrimonialgericht nicht zu Recht bestehen.

Abgesehen nun davon

2. daß diese Klage an und für sich die in der G.-O. cap. 4. § 7. Nr. 1. u. 2. vorgeschriebenen Requisite an sich trägt, kann es sich nur fragen, ob der fiscalische Klagegrund (causa petendi) so verwerflich ist, daß die Klage nach Cod. jud. cap. 4. § 17. a limine, wenn auch nur angebrachtermassen wie vom Richter I^nae verfügt worden, abzuweisen sey. Dieß ist offenbar nicht der Fall. Die Frage, ob die Gerichtsbarkeit auf der Grundherrlichkeit basirt ist, oder ob sie dem Grund und Boden inhäriret, so daß die auf diesem Grunde Angesessenen um deswillen allein, und nicht, weil sie Emphyteuten sind, unter der Gerichtsbarkeit des Grundeigenthümers stehen, ist in § 27 und 28 des Edictes über gutsherrliche Rechte, nicht zweifellos entschieden, im Gegentheile reden die bezeichneten Stellen von Gutsherrn und Grundholden, obwohl § 27 in seiner Allgemeinheit von diesem Unterschiede schweigt. Jedenfalls erscheint die Sache so zweifelhaft, daß ohne vorhergegangene Verhandlung die angeregte Frage, also der fiscalische Klags-Anspruch nicht wohl zu entscheiden ist, da auf frühere Gesetzbestimmungen hiebei recurrirt und geprüft werden muß,

ob und was hievon durch die Verfassung geändert oder modificirt worden ist.

Wenn demnach

2. nicht gesagt werden kann, es fehle der Klage an der causa petendi und dem medium concludendi, wenn wenigstens nicht zu behaupten ist, daß der Ungrund der Klage ex narratis erhellet, da dieß voraussetzen würde, daß das Gesetz das Gegentheil von dem statuirt, worauf die Klage sich stützt, was aber, wie bemerkt, nicht der Fall ist, so kann auch von Anwendung der Bestimmung in Cod. jud. cap. 4. § 17. keine Rede seyn, und die Klage muß daher zur Verhandlung ausgesetzt werden, um da mehr, als hiedurch dem Beklagten an seinen Rechten nichts präjudizirt, sondern vielmehr Gelegenheit gegeben wird, dieselben quovis modo zu wahren.

Aus diesen Gründen war daher, wie geschehen zu erkennen.

Landshut, den 30. Juni 1832.

3.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht M.

Erkennt in der Streitsache des kön. Fiscus gegen den N. N. wegen der Gerichtsbarkeit zu F. auf erstatteten Vortrag zu Recht:

I. N. N. sey nicht berechtigt, bei seinem Gute F. fernerhin die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auszuüben; —

II. die auf diesen Proceß erlaufenen Kosten seyen zu compensiren.

Gründe.

ad I. Der kön. Fiscus revozirt das von N. N. in Folge allerhöchsten Rescripts vom 25. April 1820 errichtete Patrimonial-Gericht F., behauptet, daß das gesammte Areale

von F. dem N. N. eigenthümlich gehöre, daß er nicht Grundherr resp. Gutsherr, sondern nur Grundeigenthümer von F. sey, daß alle unter diesem Patrimonialgerichte stehenden Personen nicht Grundholden, sondern nur Dienstboten des Grundeigenthümers seyen, über welche nach der Verfassungsurkunde, (§ 27, 28 und 35. des gutsherrlichen Edicts) welche ansäßige Grundholden voraussetze, keine Gerichtsbarkeit ausgeübt werden könne, sohin auch das Patrimonialgericht gar nicht hätte errichtet werden sollen.

Der Antrag des Fiscus geht sonach dahin, auszusprechen, daß N. N. nicht befugt sey, bei dem Gute F. die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auszuüben.

2. N. N. widerspricht excipiendo, daß nach der Verfassungsurkunde die Patrimonialgerichtsbarkeit von der Grundherrlichkeit abhängig gemacht worden sey, oder daß zur Ausübung der Gerichtsbarkeit Grundherrlichkeit erfordert werde; denn die Verfassungsurkunde habe die frühern gesetzlichen Bestimmungen über die Hofmarksgerichtsbarkeit nicht aufgehoben, und jenen zu Folge habe diese auf den Grund und Boden des ganzen Hofmarksbezirkes beruht, so daß alle darauf Wohnenden unter der Patrimonialgerichtsbarkeit gestanden, ohne daß ein dominium directum, oder das Obereigenthum des Gerichtsherrn oder Grundholden vorausgesetzt worden seyen, und behauptet demnach weiter, daß nach dem gutsherrlichen Edicte zur Bildung und Ausübung eines Patrimonialgerichts nicht mehr gehöre, als das Herkommen und der Besitzstand vor 1806, was bei F. der Fall sey, indem darauf die Gerichtsbarkeit schon seit 1676, wo das Gut mit dieser von dem damaligen Churfürsten verschenkt worden, und 1785 auf N. N. übergegangen sey, ausgeübt werde.

Übrigens behauptet er weder excipiendo noch duplicando, daß er Grundholden habe, oder die Grundherrlichkeit oder das Obereigenthum über F. besitze, oder daß zu seinem Patrimonialgerichte ansässige — sey es mit getheiltem oder freiem Eigenthume begüterte Familien gehören, so wie auch nicht widersprochen wurde, daß N. N. voller Eigenthümer des ganzen Areale, des ganzen Gutsbezirkes von F.

sey, vielmehr wurde ausdrücklich zugegeben, was übrigens schon nothwendige Folge dieses ungetheilten Gesammteigenthums ist, daß sich zu F. nur Dienstboten, Taglöhner und einige (aber auf dem vollen Eigenthume des Gutsherrn) angesessene Handwerker, z. B. Müller, Schmiede, keineswegs aber auf eigenem Grund und Boden ansässige Familien befinden.

3. In der Replik wiederholt Fiscus die Behauptung, daß die Gerichtsbarkeit durch die Grundherrlichkeit bedingt sey, daß sonach, indem N. N. nur Dienstleute und gebrödete Diener, aber keine Grundholden, keine mit Grund und Boden angesessene selbstständige Familien habe, auch die Patrimonialgerichtsbarkeit nicht bestehe, legt auch eine Abschrift von einer Vorstellung des N. N. an die Landesdirection ddo. 16. December 1807 vor, worin Exhibent anzeigte, daß er bisher bei jenem Gute F. die Gerichtsbarkeit sowohl auf seinen Gründen, als über sein bei der Ökonomie nöthiges Personal selbst ausgeübt habe, ferner daß bei dem Gute sich keine Unterthanen befänden, und führt dann noch einige andere Gründe an, derer wegen die Gerichtsbarkeit zu F. nicht bestehen könne, namentlich:

a) weil 1806 noch keine Patrimonialgerichtsbarkeit auf F. begründet gewesen, weil

b) dieses erst 1679 zu Gunsten eines Kammermusikus zum Edelsitze erhoben worden, nach dessen Tod die Gerichtsbarkeit jedenfalls wieder erloschen 1784 an das Ärar gekommen, und 1785 an N. N. wieder verkauft worden sey, jedoch ohne Gerichtsbarkeit, was schon nach dem Teschner Frieden (1779) nicht mehr hätte geschehen können.

4. Duplicando versuchte der Herr Beklagte, jedoch ohne haltbaren Grund, zu zeigen, es hätte Fiscus seine Klage abgeändert, indem er diese darauf basirt habe, daß die Gerichtsbarkeit ein Ausfluß der Grundherrlichkeit sey, was replicando abgeändert worden, verweigerte deßhalb die Einlassung auf die geänderte Replik, und führte eventuel unter Berührung obigen (neuen, daher auch nicht zu beachtenden)

Repliken im Wesentlichen dasselbe wieder aus, was bereits schon excipiendo angebracht wurde.

5. Grund der vorliegenden Klage ist also, daß N. N. voller Eigenthümer des gesammten Gutsbezirkes von F., also (ungetheilter) Grundeigenthümer dessen sey, sohin keine Grundholden, keine mit Grund und Boden angesessene selbstständige Familien habe, sondern nur Dienstleute ꝛc., und daß nach der Verfassungsurkunde eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit über diese, und ohne Grundholden nicht denkbar sey.

Da, wie schon erwähnt, von Seite des Herrn Beklagten der factische Theil dieses Klagegrundes nicht bestritten, nämlich nicht widersprochen ist, daß er voller Eigenthümer des gesammten Areale von F. sey, woraus von selbst folgt, daß keine Grundholden oder mit getheiltem Eigenthume oder frei eigen angesessene Familien existiren können, — denn das Eine hebt das Andere auf — jedoch die Folgerung des Fiscus, daß unter dieser Voraussetzung keine Patrimonialgerichtsbarkeit bestehen könne, bestritten wird, so reducirt sich der ganze Streit auf die Frage:

ist gutsherrliche Gerichtsbarkeit durch Grundherrlichkeit und durch das Vorhandenseyn angesessener Familien bedingt?

Diese Frage konnte nur bejaht werden, und zwar aus folgenden Gründen:

6. Die Patrimonial- oder auch Grundgerichtsbarkeit — als jus reale auf Grund und Boden haftend — setzt schon nach ihrem Begriffe und Wesen voraus, daß Jeder, der ihr unterworfen seyn soll, zu diesem Grund und Boden selbst in einem reellen, d. i. sächlichen Verhältnisse steht, und daß dieser Grund und Boden selbst wieder im Grundverbande mit Gerichtsbarkeitsberechtigten sich befindet.

Daraus ergibt sich, daß in der Regel solche, welche zum Grund und Boden in keinem sächlichen Verhältnisse stehen, z. B. Pächter, Inwohner, Dienstboten ꝛc. der Patrimonial-Gerichtsbarkeit nicht subjicirt seyn können, so wie sich ferner aus obigem Satze folgert, daß diejenigen, welche zwar zum berechtigten Grund und Boden in einem sachrechtlichen Verbande stehen, dieser Grund und Boden aber zum gerichtsberech-

tigten Gute nicht im grundherrlichen Verbande sich befindet, der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit (in der Regel) nicht unterworfen sind, nämlich Grundholden anderer Grundherren, königl. Grundholden und Besitzer frei eigner Güter.

7. Das Edict VI. der Verfassungsurkunde, welches nach ausdrücklicher Bestimmung des § 136. mit Beseitigung aller frühern Verordnungen gegenwärtig allein nur die Normen in Beurtheilung der gutsherrlichen Rechte und Gerichtsbarkeit an die Hand gibt, bestimmt, Vorstehendes ganz bestättigend, in § 28. wörtlich folgendes:

„Allenthalben ist die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auf die eigenen Grundholden des Gutsherrn beschränkt, und darf in der Regel auf Grundholden des Königs oder anderer Grundherrn, so wie auf Besitzer frei eigener Güter nicht ausgedehnt seyn, noch jemals ausgedehnt werden.

Ausnahmsweise kann sie sich jedoch auf Grundholden der Kirchen und Stiftungen, so wie anderer Privatpersonen und auf jene Besitzer frei eigner Güter erstrecken, worüber der Gutsherr schon im Jahre 1806 die Gerichtsbarkeit mit einem dinglichen Rechte in Besitz gehabt hat.

Das Edict spricht hier ganz klar und ausdrücklich von Grundholden, und setzt diese Bedingung der Gerichtsbarkeit voraus, indem es diese und zwar allenthalben auf die eigenen Grundholden beschränkt.

Wenn nun nach dem Gesetze die gutsherrliche Gerichtsbarkeit allenthalben auf die Grundholden, und zwar in der Regel nur auf die eigenen beschränkt ist, so folgt von selbst, daß jene auch immer den Nexus der Grundherrlichkeit zwischen Gerichtsherrn und Gerichtssassen voraussetzt.

Könnte darüber ja noch ein Zweifel seyn, so müßte dieser offenbar bei Würdigung des Nachsatzes im allegirten §, wo nämlich die Ausnahme bestimmt ist, gemäß welcher auch fremde Grundholden und Besitzer frei eigner Güter unter gutsherrlicher Gerichtsbarkeit stehen können — verschwinden, so wie auch bei der Bestimmung, daß die Jurisdiction in der

Regel auf Grundholden des Königs oder anderer Grundherrn, so wie auch Besitzer frei eigner Güter nicht ausgedehnt seyn, oder je ausgedehnt werden dürfe.

Die Lex prohibitiva über Nicht-Grundholden eine Patrimonialgerichtsbarkeit auszuüben, kann wohl bestimmter nicht gefaßt seyn.

8. Daß Grundherrlichkeit oder die Existenz von Grundholden nothwendige Bedingung der Patrimonialgerichtsbarkeit sey, folgt noch aus mehreren andern Bestimmungen des gutsherrlichen Edicts.

Namentlich geht dieß

a) aus dem zweiten Absatze des § 28. hervor, worin bestimmt ist, daß ein Gutsherr die Gerichtsbarkeit über die Grundholden eines andern Gutsherrn nur unter der Voraussetzung erwerben könne, wenn zugleich auch die grundherrlichen Rechte wechselseitig übergehen.

b) Das nämliche ist im dritten Absatz desselben § gesagt, wo vom Austausche kön. Grundholden an einem adelichen Gutsbesitzer die Rede ist.

c) Der § 29, welcher von den Gerichtsbezirken und von der Entfernung der Gerichtssassen handelt, spricht allgemein als Regel aus:

„daß die Gerichtsbarkeit über keine Grundholden ausgeübt werden dürfe, welche weiter als 4 Stunden vom Sitze des Gerichtes entfernt sind."

d) In § 36 ist gesagt, daß ein früherer Austausch kön. Gerichtssassen bei Kraft bleiben könne, wenn zugleich auch die grundherrlichen Rechte ausgetauscht worden sind, und in § 37 ist bestimmt, daß ein Gutsherr über eingetauschte Grundholden die Gerichtsbarkeit ferner nicht behalten oder ausüben könne, wenn er nicht zugleich auch die grundherrlichen Rechte erworben hat.

e) Der § 38 spricht im gleichen Sinne von Grundholden, worüber die Gerichtsbarkeit nach dem Edicte wieder zurückfällt, wenn nämlich durch Kauf oder Tausch fremde Grundholden erworben worden sind, — als Folge der allge-

meinen Bestimmung in § 28, daß allenthalben die Gerichtsbarkeit nur über eigene Grundholden ausgeübt werden kann.

f) In dem § 85, wo von der Polizei in Orten, die verschiedene Gerichtsherrn haben, die Rede ist, wird der Ausdruck „Grundunterthanen" zweimal gebraucht, und es ist bestimmt, daß denjenigen Gerichtsherrn die Polizei gebührt, der die meisten Grundunterthanen hat.

Das Edict spricht also überall nur und namentlich in den die Existenz eines Patrimonialgerichtes bedingenden Bestimmungen — von Grundholden, deren rechtlicher Begriff nicht zweifelhaft ist.

9. So sagt auch Dresch in seinem Werke: „Grundzüge des bayerischen Staatsrechts" in § 82 Nr. III. wörtlich:

„Die Grundgerichtsbarkeit ist durch Grundherrlichkeit bedingt, weßwegen die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auf die eigenen Grundholden zu beschränken ist."

10. Daß grundherrlicher Verband ein wesentliches und unerläßliches Erforderniß für den rechtlichen Bestand eines Patrimonialgerichtes bildet, geht außer den angeführten Bestimmungen unwiderlegbar noch besonders aus den §§ 29 und 35. Absatz 4. hervor.

Wie schon angeführt worden, so bestimmt der § 28. in principio als allgemeine Regel, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit nur über die eigenen Grundholden ausgeübt werden könne.

In dem § 29 so wie § 35, wo von der Bildung der Patrimonialgerichte nach dem Edicte die Rede ist, wird nun aber ausdrücklich auf § 28. hingewiesen, indem es namentlich in Abs. 4. des § 35. heißt:

„Die Besitzer der Patrimonialgerichte erhalten über ihre Gerichtssassen neben der freiwilligen auch die niedere Gerichtsbarkeit; stets nach Inhalt des § 28. und unter Voraussetzung der sonst erfoderlichen Bedingungen."

Der angeführte § 28. folgt auch sogleich der im § 27. enthaltenen allgemeinen Vorbedingung, daß nämlich die Gerichtsbarkeit auf keinem Gutsbezirke Platz greife, wo sie nicht schon 1806 darauf begründet und eine Patrimonialgerichtsbarkeit hergebracht gewesen, und ist nach Inhalt des Edicts unter dem Titel:

„Vorbedingungen zur Ausübung der Gerichtsbarkeit."

aufgeführt.

Die Bestimmung des § 28. bildet also eine der gesetzlichen Vorbedingungen für die rechtliche Existenz eines Patrimonialgerichts, oder mit andern Worten: es gehört zum Vorhandenseyn derselben Grundherrlichkeit; denn allenthalben beschränkt sich die Gerichtsbarkeit nach § 28. nur auf die eigenen Grundholden.

11. Dafür spricht auch noch die Fassung des ganzen Edicts, die Ernennung der Gerichtsbarkeitsberechtigten, die stets nur Guts- Gerichts- oder Grundherrn, nie aber Grundeigenthümer und denen auch unter der Bezeichnung als Grundeigenthümer nirgends Jurisdictionsrechte eingeräumt werden, — kurz überall wird auf die Grundherrlichkeit als Princip der Patrimonialgerichtsbarkeit hingewiesen.

12. Wie schon angeführt worden, bestimmt der öfters allegirte § 28, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit allenthalben auf die eigenen Grundholden beschränkt sey, und in der Regel auf Grundholden des Königs oder anderer Gutsherrn nicht ausgedehnt werden dürfe. Nur ausnahmsweise kann sie sich auch auf Grundholden der Kirchenstiftungen und anderer Privatpersonen, so wie auch auf Besitzer freieigner Güter erstrecken, worüber der Gutsherr schon 1806 die Gerichtsbarkeit mit einem dinglichen Recht in Besitz gehabt hat.

Die Gerichtsbarkeit kann also in der Regel nur über eigene Grundholden und nur als Ausnahme über fremde Grundholden und freieigene Besitzer ausgeübt werden, wenn dieselbe der Gutsherr schon im Jahre 1806 mit einem dinglichen

Rechte gehabt hat. Die eben angeführte gesetzliche Ausnahme umfaßt demnach gemäß ausdrücklicher Bestimmung nur:

a) fremde Grundholden und

b) freieigne Besitzer,

mit der Bedingung des schon 1806 besessenen dinglichen Rechts.

Daraus folgt nun, wie schon oben als allgemeiner Grundsatz bemerkt wurde, daß der Gutsherr nie eine Gerichtsbarkeit über solche Personen, welche zu dem der Gerichtsbarkeit unterworfenen Gutsbezirke in keinem sächlichen Verhältnisse stehen, z. B. Dienstboten, Taglöhner ꝛc. ausüben kann, indem selbst die Ausnahme, wenn auch nicht mehr der Grundverband zwischen Gerichtsherrn und Gerichtssassen, so doch die Ansäßigkeit auf dem Gerichtsbezirke voraussetzt.

Ansässigkeit auf Grund und Boden, oder dem Gutsbezirke, worauf schon 1806 mit dinglichem Rechte die Gerichtsbarkeit hergebracht war, setzt also selbst die Ausnahme voraus, denn der Grundherr und der freieigene Besitzer müssen begreiflich angesessen seyn.

Folge davon ist, daß in keinem Falle da eine Patrimonialgerichtsbarkeit bestehen kann, wo weder eigene Grundholden existiren, noch fremde oder freieigene Besitzer und über letztere schon seit 1806 die Gerichtsbarkeit ausgeübt worden ist, wo nämlich der Gutsherr selbst der volle Eigenthümer des ganzen Gutsbezirkes ist, darauf nur Dienstboten, Taglöhner oder solche Familien hat, die Häuser mit eigenen Grundstücken vom Gutsherrn gepachtet haben, oder auch in solchen gepachteten Häusern Gewerbe für sich oder als Diener für den Gutsherrn ausüben.

13. Daß eine Gerichtsbarkeit da nicht bestehen kann, folgt auch schon aus dem allgemeinen geltenden Grundsatze:

„daß Niemand über sich selbst eine Gerichtsbarkeit ausüben oder Richter über sich oder in eigener Sache seyn kann,“

was aber der Fall wäre, wenn der adeliche Gutsherr über sein volles (ungetheiltes) Eigenthum, über seine Dienstleute und Angehörige die Jurisdiction ausüben wollte.

14. Das allegirte Edict der Verfassungs-Urkunde bestimmt deßhalb auch gleich im Eingange unter dem Titel „volles Eigenthum“ § 2.

„die Gutsherrn haben sich in denjenigen Fällen und Geschäften, welche das Eigenthum ihrer Güter, dessen Erhaltung, Benützung und Veräußerung betreffen ꝛc., nach den bürgerlichen Gesetzen zu richten.“

Wenn also der Gutsherr voller Eigenthümer seines ganzen Gutsbezirkes ist, so können alle Vorkommnisse oder Verfügungen über dasselbe, sey es Veräußerung oder Verpachtung, nicht unter patrimonialgerichtlicher Jurisdiction stehen, oder mit andern Worten: es kann auf einem solchen ungetheilten oder vollem Eigenthume eines adelichen Gutsherrn keine Patrimonialgerichtsbarkeit ruhen oder gesetzlich ausgeübt werden.

15. Das Edict führt in den §§ 74 — 79 die Befugnisse der Patrimonialgerichte, namentlich jener II. Klasse, auf, und bestimmt in § 80. ausdrücklich, daß die in den §§ 74 — 79 benannten Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit weder über die Person, noch über die Güter des Gutsherrn ausgeübt werden können.

16. Da nun Herr Graf Y., wie behauptet und nicht widersprochen wurde, voller Eigenthümer des ganzen Gutsbezirkes F. ist, sohin darauf weder Grundholden, Erbrechter oder Leibrechter, noch frei eigne Besitzer, überhaupt gar keine mit eigenem Grund und Boden angesessene Familien haben kann, was auch nirgends behauptet wirde, — so kann nach den aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen eine Patrimonial-Gerichtsbarkeit auf F. nicht bestehen.

Der Herr Beklagte würde, wie Fiscus ganz richtig bemerkte, die Gerichtsbarkeit über sich selbst ausüben, was zu augenfällig allgemein geltenden Principien, abgesehen von den Bestimmungen der Verfassungsurkunde — widerstreitet.

17. Das Ungesetzliche und Auffallende eines solchen Gerichts springt schon bei nur einiger Würdigung des Wirkungskreises eines Patrimonialgerichts in die Augen.

a) Einen Hauptbestandtheil der Rechte und resp. Functionen eines Patrimonialgerichts II. Klasse bilden die Verbriefungen über die Gutsveränderungen bei Verkäufen, Tauschen der Übergaben oder Ältern an ihre Kinder u. s. w.

Derlei Verträge oder Verhandlungen sind aber da, wo keine Grundholden, keine begüterten Familien vorhanden sind, gar nicht denkbar. Höchstens kann der Gutsherr mit einem Taglöhner oder Handwerker über die Benützung eines Häuschens oder einiger dazu gegebener Grundstücke einen Pachtcontract schließen, welche nach den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen in den §§ 2 und 80 des gutsherrlichen Edicts nicht vor ein Patrimonialgericht, sondern zu den kön. Gerichten gehört; denn nur Erneuerungen oder Änderungen wirklicher Colonar-Verträge, d. h. zwischen Grundherrn und Grundholden können Gegenstand des patrimonialgerichtlichen Wirkungskreises seyn.

b) Zu den Patrimonialgerichten resortirt auch die Führung der Hypothekenbücher, auch diese Function ist bei dem Patrimonialgerichte F. nicht denkbar, denn wo keine mit Eigenthum angesessenen Familien vorhanden sind, ist die Constituirung einer Hypothek, sohin auch die Führung eines Hypothekenbuches unmöglich:

c) Den Patrimonialgerichten steht auch die Verwaltung der Polizei nach den Bestimmungen des Capitels III. des gutsherrlichen Edictes zu. Sie haben demnach mit den Gemeindevorstehern unter andern Befugnissen auch das Recht, resp. die Obliegenheit, öffentliche Gewerbe wegen Gewicht und Maaßes, so wie auch insbesondere den Zustand der Häuser wegen Feuergefährlichkeit zu beaufsichtigen u. s. w.

Es ist gewiß die größte Ananalie, sich diese Befugnisse oder deren Ausübung bei einem Gutsherrn zu denken, der Eigenthümer des ganzen Gutsbezirkes, so wie der vorhandenen Gebäude, Mühlen, u. s. w. ist, denn er würde sich selbst beaufsichtigen.

d) So wie nach § 90. des Edicts lit. i. keine Forst- und Jagdgerichtsbarkeit in jenen Waldungen ausgeübt werden kann, welche dem Guts- und Gerichtsherrn selbst gehören,

so kann consequent ihm auch überhaupt über sein volles Eigenthum keine Gerichtsbarkeit, weder voluntaria, noch contentiosa zustehen.

18. Es verschwinden dagegen sämmtliche Einreden des Beklagten, namentlich die,

„daß die Verfassungsurkunde durch das gutsherrliche Edict an den früher gegoltenen Bestimmungen über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit nichts geändert habe, und daß diese ohne Rücksicht auf den emphyteutischen Nexus ohne Grundherrlichkeit und Ansässigkeit der Gerichtssassen Kraft des dinglichen Rechts bestehe, welches sich über Grund und Boden des Gutsherrn erstrecke, so daß gegenwärtig zu dem Bestande eines Patrimonialgerichts nicht mehr gehöre, als daß die Gerichtsbarkeit schon von 1806 hergebracht gewesen, was bei F. der Fall sey, denn der § 28. des Edicts sey ohne Relevanz, er bestimme nur den Unterschied zwischen eigenen und fremden Grundholden, u. s. w.“

a) Wenn § 136. des gutsherrlichen Edicts wörtlich bestimmt:

„Nach dem gegenwärtig fortan allein giltigem Edicte über gutsherrliche Rechte, und die gutsherrliche Gerichtsbarkeit, sind auch die gutsherrlichen Rechts- und Gerichtsverhältnisse der mediatisirten Fürsten zu beurtheilen.“

so ist eine Deduction entgegen darüber, wie die gutsherrlichen Gerichte ehemals beschaffen, oder an welche Bedingungen früher vor der Verfassungsurkunde geknüpft waren, nutzlos.

b) Eben so wenig kann aber darüber ein vernünftiger Zweifel Platz greifen, daß durch das allegirte gutsherrliche Edict, namentlich in seinem II. Abschnitte Titel I., II. und III. ꝛc. die Verhältnisse der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit im Gegenhalte der frühern darüber bestandenen Verordnungen von 1806, 1807, 1808 und 16. August 1812, dann im Vergleiche zu den vom Baron Kreittmayr in seinen Anmerkungen cap. I. § 21. der Gerichtsordnung niedergelegten Ansichten über die ehemalige Hofmarksgerichtsbarkeit wesentlich geändert worden sind.

c) Allerdings hat die Verfassungsurkunde das den Adelichen zustehende Recht zur Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit überhaupt garantirt und auch auf den 1806 vorhandenen Besitzstand Rücksicht genommen, allein der fernere Bestand eines gutsherrlichen Patrimonialgerichts wurde nach den klaren Bestimmungen der §§ 27 — 42. und resp. § 51. auch noch an andere Bedingungen und Erfordernisse geknüpft, darunter namentlich an die der Grundherrlichkeit nach § 28., so wie auch nach § 27. noch nicht genügt, daß blos 1806 auf einem Gutsbezirke die Gerichtsbarkeit ausgeübt wurde, sie mußte auch hierauf begründet und als Patrimonialgerichtsbarkeit hergebracht seyn.

19. Könnte es auch bei den allegirten gesetzlichen Bestimmungen etwas frommen, die frühern Verordnungen über gutsherrliche Gerichtsbarkeit zu prüfen, so würde sich doch nie das vom Herrn Beklagten gezogene Resultat ergeben.

a) Eine Patrimonialgerichtsbarkeit war nie und zu keiner Zeit auf einem Gutsbezirke begründet, welcher in vollem und ungetheiltem Eigenthum des Gutsherrn war, der gar keine mit Grund und Boden angesessene Familien, sondern nur Dienstleute zum Betriebe seiner Öconomie oder bloße Taglöhner u. s. w. hatte; immer wurden, wenigstens zum Theil angesessene Familien, wenn auch der übrige Theil Insassen und Häusler, vorausgesetzt.

b) So gibt schon Chlingensberg in seinem Tractatus jurid. de jure hoffmarchiali in Bavaria cap. III. § 4. von einer Hofmark die Definition, sie sey der Inbegriff von Grundstücken, oder ein Gutsbezirk, worauf die Niedergerichtsbarkeit über alle auf demselben angesessenen Grundunterthanen ruhe. Ferner wird loco cit. § 8. eine geschlossene Hofmark als diejenige bezeichnet, wo der Gutsherr über einen ganzen Complex nicht nur Jurisdictions-, sondern auch Grundherr (nicht Grundeigenthümer) sey.

c) Die sogenannte Edelmannsfreiheit, nämlich das Recht über einsichtige zerstreut liegende Unterthanen die Jurisdiction auszuüben, setzte als Hauptbedingung voraus, daß der Guts-

herr auch Grundherr derselben sey, er mußte nämlich Gilt oder Stift von jenem beziehen.

Chlingensberg, ib. cap. VII. §§ 3, 5, 8. et annot. ad cod. jud. cap. I. § 21.

d) In Cod. civ. p. IV. § 28. Nr. 1. ist bestimmt: Grundherrn, welche sich von Hofmarksherrschaftswegen der Jurisdiction auf ihren grundbaren Gütern zu erfreuen haben, können die Unterthanen der Gilten wegen selbst exequiren lassen.

e) In den Verordnungen von 1808 §§ 3 und 20., dann von 1812 § 7 und 11. ist stets nur von angesessenen Familien und von Grundholden die Rede. Es wurde also immerhin die Ansässigkeit und grundherrliches Verhältniß oder getheiltes Eigenthum zwischen Gutsherrn und Gerichtssassen vorausgesetzt, und es ist die Behauptung noch mehr gerechtfertiget, daß ein Gutsbezirk mit Patrimonialgerichtsbarkeit nie gedacht wurde ohne Grundholden und angesessene Familien.

20. Man konnte zwar ehemals sogenannte Sitzgerichtsbarkeit, bei adelichen Schlössern, Sitzen oder Söldeln, welche gewöhnlich durch die Gränzen der Gebäude (Dachtraufe) beschränkt war; allein eine solche Gerichtsbarkeit war keine Patrimonialgerichtsbarkeit, oder Hofmarks- oder Grundgerichtsbarkeit, sie war nicht mehr als eine jurisdictio domestica, die sich über das Gesinde, das zum Hofbau resp. zum Betrieb der Öconomie nöthig war, erstreckte.

21. Ebenso galt immerhin auch schon der Grundsatz, daß Niemand über sich selbst Richter oder Gerichtsherr seyn könne. Chlingensberg ibid. cap. XXXII. §§ 11 und 12. — G.-O. cap. I. § 20. —

22. Die von Baron Kreittmayr in seinem Grundrisse des bayrischen Staatsrechtes § 188., so wie bei Chlingensberg in cap. XXXVII. aufgezählten Rechte und Befugnisse der ehemaligen Hofmarksgerichte waren damals, so wie jetzt unvereinbarlich da, wo der Gutsherr alleiniger und ausschließender Grundeigenthümer war und nur Dienstleute hatte.

Eine Patrimonialgerichtsbarkeit zu F. hatte also weder früher von 1806, noch weniger aber jetzt seit dem constitutionelen Edicte rechtlichen Bestand.

23. Von dem Herrn Beklagten wurde zwar noch vorzüglich der anerkannte Satz hervorgehoben, daß die Patrimonial-Gerichtsbarkeit ein Realrecht sey, daß sie Grund und Boden inhärire, und sich deßhalb auf alle zur Hofmark gehörigen Gründe erstrecke; allein damit ist nicht mehr gesagt, als daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit als ein auf Grund und Boden haftendes Realrecht mit dem Tode des Besitzers nicht anfhört, sondern auf dessen Nachfolger, in so ferne er adelich ist, übergeht.

Das Verhältniß des Gutsherrn zu dem Grund und Boden, auf dem die Gerichtsbarkeit haftet, wird durch obiges Axiom gar nicht berührt, auch gar nicht entschieden; es läßt ganz außer Beachtung, ob der Gutsherr Grundeigenthümer oder Grundherr sey. Deßhalb kann auch der Satz: „die Hofmarksgerichtsbarkeit erstreckt sich auf alle zur Hofmark (zum Patrimonialgericht) gehörigen Gründe" — nichts anders als die reale Eigenschaft der Gerichtsbarkeit ausdrücken, ohne allen Bezug auf das Verhältniß des Gutsherrn zu den in seinem Gutsbezirke gelegenen Gründen und jener widerspricht dem durch das Edict aufgestellten Grundsatze: daß die Gerichtsbarkeit durch Grundherrlichkeit bedingt ist, keineswegs.

24. Herr Graf v. Y. beruft sich auch zwar noch auf das allerhöchste Rescript vom 25. April 1820, wodurch die Bildung des Patrimonialgerichts F. genehmigt wurde. Allein jenes Rescript konnte und wollte im Widerspruche mit den verfassungsmäßigen Bestimmungen die Bildung desselben nicht genehmigen.

Es muß nämlich angenommen werden, daß die allerhöchste Genehmigung versagt worden wäre, wie es dem gutsherrlichen Edicte gemäß hätte geschehen müssen, wenn das fragliche Verhältniß — daß Herr Graf Y. vollkommener und alleiniger Grundeigenthümer seines ganzen Gutsbezirkes sey, und sonach keine Grundholden, keine ansässigen Gerichtssassen habe — bekannt oder vorgestellt gewesen wäre.

Könnte auch unzugegeben angenommen werden oder vorausgesetzt werden, es sey das wahre factische Verhältniß bekannt gewesen, und dennoch die Errichtung des Patrimonial-

gerichts genehmigt worden; so würden der Giltigkeit jenes allerhöchsten Rescripts doch immer die Bestimmungen der Verfassungsurkunde T. III. §§ 1 und 3. entgegenstehen.

Das bisherige Patrimonialgericht von F. kann sonach fernerhin zu Recht nicht bestehen, und N. N. daher auch nicht berechtigt seyn, fernerhin die Gerichtsbarkeit bei F. auszuüben.

ad II. 25. Die Kosten wurden auf den Grund der Bestimmung in G.-O. cap. 17. § 4. Nr. 3. compensirt.

Es war sonach aus diesen Gründen zu erkennen, wie geschehen ist.

Den 20. September 1833.

Königl. Kreis- und Stadtgericht M.

In Folge des Gesetzes v. J. 1834 über Vindication der Gerichtsbarkeit wurde dann vorstehende Streitsache ausgeglichen.

4.

Extract

aus dem Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts für den * Kreis ddo. 14. Juli 1836.**

Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das kön. b. Appellationsgericht für den *** Kreis in der Concurs- und Prioritätssache des Krämers Franz X. und Anna H.schen Eheleute zu S. das Locationserkenntniß vom 9. September 1835, so weit dagegen appellirt worden ist, theils bestättigend, theils abändernd dahin zu Recht, daß

Die Finanz-Kammer in P. hat früher an d. Rentämter verfügt, daß bei maierschaftsfristigen Gütern keine Consense ad hypot. mehr ausgestellt werden sollen, da diese unnöthig seyen.

Das k. Appellationsger. hat eine entgegengesetzte Ansicht.

2c. 2c. 2c.

IV. Die Forderung des Joh. St., Drechslers zu S. pr. 250 fl. — und die bedungenen Zinsen *à* 5 pct. vom 19. Septbr. 1832 bis zur Zahlung des Capitals, sey, jedoch nur auf dem sogenannten Binderhause mit zweiten Hypothekrange in die II. Classe, mit dem-

jenigen aber, was er in dieser Classe aus dem Erlöse des erwähnten Hypothekobjecte allenfalls nicht erhalten sollte, in die V. Classe zu setzen.

V. ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Entscheidungs-Gründe.

IV. Die Forderung des Drechslers Johann St. zu S. pr. 250 fl. *à* 5 0/0 ist

a) im Betreffe ihrer Liquidität nicht beanständet, nur wollen die Appellanten den Forderungsbetrag von 250 fl. auf 200 fl. herabgesetzt wissen, indem der in eigener Person zur Präsenz am 1. Edictstage erschienene Johann St. nur 200 fl. angegeben hat.

Es ist ganz richtig, daß nach § 34. der Novelle vom 22. Juli 1819 in dem Präsenz-Protocolle jede Forderung nach ihrer Eigenschaft bemerkt, und deren Betrag ausgeworfen werden soll.

Allein diese Vorschrift ist an kein Präjudiz gebunden, sondern sie gestattet vielmehr jedem Liquidanten, die im Präsenzprotocolle angemeldeten Forderung durch besondere schriftliche Rezesse auszuführen.

Das Präsenzmachen hat demnach nur die rechtzeitige Anmeldung der Klage zum Zwecke, und der Liquidations-Rezeß bildet die eigentliche Klage.

Jedenfalls müßte in dem gegenwärtigen Fall eine nach cod. jud. cap. 4. § 13. um so mehr zulässige Klags-Emendation angenommen werden, als solche innerhalb des gesetzlich gestatteten Liquidations-Termines geschah. Dagegen

b) wird die Priorität dieser Forderung aus den nämlichen Gründen bestritten, welche der eben vorbemerkten Sebastian H.'schen Forderung entgegen gesetzt wurde. Allein

1. der Gemeinschuldner hat dem Johann St. nicht nur auf seinem maierschaftsfristigen Gute das Sommerhaus genannt, sondern auch auf seinem bodenzinsigen Binderhause eine Spezial-Hypothek bestellt.

Und wenn schon diese Hypothekbestellung nach § 6. des H.-G. in Beziehung auf Ersteres wegen Mangel der grund-

herrlichen Bewilligung als unkräftig erscheint, so stellt sich solche doch in Hinsicht auf das zweite als rechtsgiltig dar.

2. Kann auch hier cod. jud. cap. 19. § 19. keine Anwendung finden, indem diese Hypothekcaution laut Schuld- und Hypothekenbriefes und des Hypothekenbuchs-Auszugs schon am 19. Septbr. 1832, die Eröffnung des Universal-Concurses hingegen erst lange darnach, nämlich am 28. März 1833, und zwar erstere auch noch mit Einstimmung des ersten Hypothekgläubigers geschah, welcher zur Begünstigung des St. in den III. Rang zurücktrat, um diesem den II. Rang einzuräumen.

Nebstdem fällt diese Hypothekbestellung in eine Zeit zurück, wo dem Schuldner weder ein Veräußerungsverbot eingelegt, noch in Gemäßheit des § 118. des H.-G. dessen Hypothekfolium gesperrt war.

In so fern stellt sich die erstrichterliche Anerkennung des St. als eines nach § 15. der Pr.-Ord. in die II. Classe qualifizirten Hypothekgläubigers also gerechtfertigt dar (aber lediglich in Beziehung auf das sogenannte Binderhaus mit zweitem Range.) Wegen der Zinsen liegt auch hier eine Berufung nicht vor.

Übrigens kommt auch hier § 20. der Pr.-Ordg. wie bei H. so weit in Anwendung, als er aus dem Erlöse des ihm verhypothezirten Objects in der II. Classe seine volle Befriedigung nicht erhält.

Es war daher in der Art zu erkennen, daß die Forderung des Johann St., Drechslers zu S. pr. 250 fl., und die bedungenen Zinsen *à* 5 0/0 vom 19. Septbr. 1832 bis zur Bezahlung des Capitals, jedoch nur auf dem sogenannten Binderhause mit zweitem Hypotheks-Range in der II. Classe mit demjenigen aber, was er in dieser Classe aus dem Erlöse des besagten Hypothekobjects allenfalls nicht erhält, in die 5. Classe zu lociren sey.

V. ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Den 13. Februar 1838.

5.

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Ueber ein einschichtiges Gut kann d gutsherrl. Gerichtsbarkeit

Erkennt in der Streitsache des kön. Finanzfiscalats des Isar-Kreises gegen Georg von D. auf H., Beklagten, wegen

nicht ausgeübt werden, so ferne sie nicht schon von dem Jahre 1806 titulo reali hierauf hergebracht war.

verfassungswidriger Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit bei dem Patrimonialgerichte II. Classe Haub, k. Landgerichts Ebersberg, auf umständlich erstatteten schriftlichen Vortrag hiemit definitive zu Recht:

daß das Patrimonialgericht II. Klasse H. verfassungsmäßig nicht zu Recht bestehe, und Georg v. D. sich hiefür jeder Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit zu enthalten habe.

Compensatis expensis.

Gründe.

Das kön. Finanzfiscalat des Isarkreises bringt mittelst Klage vom 12/15. März d. J. vor:

das vor und nach dem Jahre 1806 bestandene Sitzgericht H. im kön. Rentamte und Landgerichte E., dessen Jurisdiction sich über einen einzigen Grundholden, nämlich den Kaspar K. zu H., Hausnr. 4., erstrecke, sey in Folge eines kön. Rescriptes d. d. 5. Oct. 1820 in ein Patrimonialgericht I. Klasse umgeschaffen, und nach dem später von dem Hofrathe von D. geleisteten und durch kön. Rescript d. d. 9. Sept. 1825 genehmigten Verzicht auf die contentiöse Gerichtsbarkeit, als Patrimonialgericht II. Klasse constituirt worden.

Dieses Patrimonialgericht werde jedoch nach den Bestimmungen der Verfassung des Reichs, als nicht rechtsbeständig vom Staatsanwalte vor dem Gerichte revocirt, und zwar aus nachfolgenden Gründen:

a) dem sechsten Edicte zur Verfassungs-Urkunde sey ein rein persönlicher Rechtstitel zur Ausübung einer gutsherrlichen Gerichtsbarkeit fremd, sondern es werde eine reale Fundirung der Gerichtsbarkeit erfodert.

b) Patrimonialgerichte können nach der klaren Vorschrift dieses constitutionelen Edicts (§ 27.) auf keinem Gutsbezirke Platz greifen, wo dieselben nicht schon im Jahre 1806 hierauf begründet und eine Patrimonialgerichtsbarkeit daselbst hergebracht war; in Be-

zug auf H. aber, welches vor und nach dem Jahre 1806 ein bloßes Sitzgericht war, fehlen diese beiden Erfordernisse.

c) Ebenso sey in § 35 desselben Edicts deutlich bestimmt, daß Patrimonialgerichte sich nur aus Herrschaftsgerichten, aus bereits bestättigten und aus geschriebenen Ortsgerichten, oder aus schon im Jahre 1806 bestandenen Patrimonialgerichten verfassungsmässig bilden können.

Es werde daher unter Anfechtung des auf nicht verfassungsmäßige Momente fundirten kön. Rescripts vom 5. Oct. 1820 die Revocatorienklage angestellt, und gebeten:

nach ordnungsmäßiger Instruction der Sache zu erkennen, daß das Patrimonialgericht H. II. Klasse verfassungsmäßig zu Recht nicht bestehe, daß von D. sich hinfür jeder Ansübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit bei 150 Reichsthaler Strafe zu enthalten und alle gerichtlichen und außergerichtlichen Streitkosten zu tragen habe.

Dagegen excipirte der Beklagte:

Ad a) Daß auf seinem Gute H. die fragliche Gerichtsbarkeit nicht reinpersönlicher Natur, sondern ein *jus reale* und eigenthümliche Erbgerichtsbarkeit (jurisdictio patrimonialis praedicatoria) sey, welche dem ganzen Gutsbezirke mit allen Ein- und Zugehörungen als ein pertinens anklebt, und mit demselben auf jeden durch rechtmäßigen Besitztitel sich nachweisende Gutsbesitzer übergehe.

Aus dem hier abschriftlich producirt werdenden Legitimationsdecrete d. d. 4. Febr. 1758, welches von einer damals angeordneten churfürstlichen Status-Commission seinem Urgroßvater Anton von D. auf geschehene Vorlage des Originalconcessions-Briefes d. d. 12. Mai 1687 ausgestellt wurde, gehe nämlich klar hervor, daß das seinem Vater Jeremias v. D. eigenthümlich gehörige Landgut H. in der Art zu einem gefreiten Edelmannssitze erhoben worden sey, daß das bei dem H.-Gute befindliche Herrn- und Kastenhaus zu einem Edel-

mannssitze gebildet und auf der berührten H. ꝛc. die Jurisdiction und Niedergerichtsbarkeit verliehen, und sohin auf dem ganzen (nicht unbedeutenden und arondirten) Bezirk mit allen Ein- und Zugehörungen, ausgedehnt und damit begabt wurde, und daß solche Gerichtsbarkeit auch auf dessen Erben und Nachkommen, oder wer solche mit rechtmäßigem Titel an sich bringe, inne haben werde, übergehe.

Ad b) Auf diesem Gutsbezirke, wo seit 1687 her, die reale auf Grund und Boden haftende Erb- oder Patrimonialgerichtsbarkeit bestehe, sey also wohl natürlich dieselbe schon vor dem Jahre 1806 hergebracht und begründet gewesen. — Es sey aber die Zuständigkeit der auf H. im besagten Jahre 1806 hergebrachten und begründeten streitigen, wie voluntären Gerichtsbarkeit auch nach diesem Normaljahre 1806 als unbezweifelt dadurch noch erklärt worden, daß seinem seligen Vater Emanuel Maria v. D. laut hier abschriftlich producirt werdenden allerhöchsten Rescripts vom 1. März 1808 die Bewilligung der Selbstverwaltung seiner Patrimonialgerichtsbarkeit auf H. ertheilt, sohin auch der allerhöchsten Verordnung vom 6. Juni 1807 hinsichtlich der Patrimonialgerichts-Pflege auch nach dem Normaljahre genügt wurde. H. bestehe also vor und nach dem Jahre 1806 als ein rechtmäßiges Patrimonialgericht.

Ad c) Da nun aus dem ad a und b Erwiesenen erfolgt, daß die verfassungsmäßigen Erfoderniße zur erneuerten Bildung von Patrimonialgerichten vorhanden seyen und waren, so konnte der Constituirung eines solchen nichts im Wege stehen, indem auf dem Gutsbezirke H. das wohl erworbene Recht der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit durch Begründung von 1687 her und ununterbrochene Ausübung vor, nach, und im Jahre 1806 hergebracht war, dasselbe sofort gleich andern hiezu gleichqualificirten Hofmärkten oder Edelsitze als Erbgericht oder Patrimonialgericht bestanden habe.

Übrigens sey es ganz irrelevant, ob er in oder zu seiner Hofmarkung viele Gerichtsholden, oder wenige, oder gar nur einen einzigen besitze, der zugleich sein eigener Grundhold sey, der ihm Stift und Gilt jährlich leistet; denn das Edict VI.

der Verfassungsurkunde spreche nirgends eine Anzahl aus, wie viel Grund- oder Gerichtsholden ein adelicher Gutsherr zur Bildung eines Patrimonialgerichts besitzen müsse.

Die Bildung seines oben erwähnten Patrimonialgerichts sey schlüßlich nach Vorlage aller Beweisurkunden und Constatirung aller überreichten Dominical-, Grund- und Zehent-Kataster von der höchsten Regierungsstelle geprüft, vom Monarchen in der schon begonnenen constitutionellen Periode genehmigt und vom verantwortlichen Minister contrasignirt worden.

Es sey daher nicht abzusehen, was die am Ende der Klagschrift insinuirte Anfechtung des angeblich nicht auf verfassungsmäßige Momente fundirten königl. Rescripts d. d. 5. Oct. 1820 für einen Sinn haben soll.

Er bitte demnach, ihn von der unstatthaften fiscalischen Klage zu entbinden.

Dieses vorausgeschickt kommt es nun auf die Beurtheilung gegenwärtiger Streitsache nach dem hier allein zur Anwendung kommenden constitutionellen Edicte über die gutsherrlichen Rechte und die gutsherrliche Gerichtsbarkeit an, und es frägt sich, ob auf dem Gutsbezirke des Beklagten das Recht der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit schon in dem Jahre 1806 begründet, und eine Patrimonialgerichtsbarkeit daselbst hergebracht war.

Diese Frage muß verneint werden: denn aus dem vom Beklagten selbst in Abschrift produzirten, sohin auch gegen ihn beweisenden Legitimationsdecrete vom 4. Februar 1758 geht hervor, daß dem Jeremias v. D. mittels Concessionsbriefes vom 12. Mai 1687 in Ansehung seiner dem durchlauchtigsten Churfürsten Maximilian Emanuel und dem Churhause langwierig geleisteten treuen und fleißigen Dienste die höchste Gnade gethan wurde, das bei dem H.-Gute stehende sogenannte Herrn- oder Kastenhaus zu einem Edelmannssitze zu erheben, und ihm und seinen Erben ꝛc. hierauf die Jurisdiction wie bei andern dergleichen befreiten Sitzen im Landgebrauche, desgleichen bei berührten H. ꝛc. die Niedergerichtsbarkeit gnädigst zu verleihen. Die Jurisdiction ist dem-

nach dem besagten D. lediglich auf den persönlichen Titel seiner Verdienste verliehen und dem Ant. v. D. die Ausübung derselben in der bisherigen Art vermöge der erwähnten Concession gestattet worden.

Nachdem aber das Privilegium der Edlmannsfreiheit schon am 20. April 1808 (Reggsbl. 1809 St. 6. S. 1113) wieder aufgehoben wurde, und die in Folge der Edlmannsfreiheit auf den sogenannten einschichtigen Gütern ausgeübte Gerichtsbarkeit von nun an nicht ferner statt findet, auch der Beklagte einen eigentlichen Gutsbezirk im Sinne des sechsten constitutionellen Edicts nicht besitzt, so erscheint das Recht der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit desselben auf dem H.gute zu H. im Jahre 1806 nicht begründet, und eine Patrimonialgerichtsbarkeit da selbst nicht hergebracht, was doch der § 27. des besagten Edicts ausdrücklich erfordert, indem er sagt:

„Auf keinem Gutsbezirke kann das Recht der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit Platz greifen, wo dasselbe nicht schon in dem Jahre 1806 hierauf begründet, und eine Patrimonialgerichtsbarkeit daselbst hergebracht war.“

Mit dieser Bestimmung harmoniren auch die §§ 28, 33 und 35. des gedachten Edicts, in welchen die Normen über die Ausübung der titulo reali erworbenen gutsherrlichen Gerichtsbarkeit und über die Bildung der Patrimonialgerichte vorgeschrieben sind.

Es wird also nach den angeführten §§ des sechsten constitutionellen Edicts zur Ausübung einer gutsherrlichen Gerichtsbarkeit erfordert, daß diese auf einem Gutsbezirke schon im Jahre 1806 begründet und hergebracht, und daß sie, in so ferne sie über einschichtige Güter ausgeübt werden will, als dingliches Recht auf Grund und Boden hafte und darauf verliehen worden sey; da ein blos persönlicher Titel dießfalls, wie oben gezeigt nicht hinreicht, und mit der Aufhebung der Edelmannsfreiheit erloschen ist.

Anders würde sich dagegen die Sache gestalten, wenn der Beklagte einen Gutsbezirk im Sinne des mehrerwähnten constitutionellen Edicts besäße, und darauf vermöge des Pri-

vilegiums der Edelmannsfreiheit schon im Jahre 1806 und die gutsherrliche Gerichtsbarkeit begründet und hergebracht gewesen wäre. — In diesem Falle könnte dieselbe allerdings, wenn sie auch auf einen persönlichen Rechtstitel beruhen würde, fortan ausgeübt werden, weil kein prohibitives Gesetz dagegen in Mitte liegt.

Man könnte glauben, daß in concreto auf Beweis hätte erkannt, und daß die Beweislast dem Beklagten hätte überbürdert werden sollen; allein die Klage ist in Hinsicht dessen, daß sich die Jurisdiction des Beklagten nur über einen einzigen Grundholden, nämlich den Kaspar L. zu H. erstrecke, weder im Allgemeinen noch speciel widersprochen, und erscheint sohin als zugestanden, woraus sich von selbst ergibt, daß der Beklagte keinen eigentlichen Gutsbezirk besitze, und daß der Besitz eines einzigen Grundholden nicht hinlänglich sey, um über denselben aus persönlichen Rechtstiteln der Edelmannsfreiheit die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auszuüben. —

Daß aber der persönliche Titel des Beklagten zur Ausübung der Gerichtsbarkeit über den besagten Grundholden auf dem Privilegium der Edelmannsfreiheit beruhe, geht aus dem von ihm selbst in Abschrift producirten Legitimationsdecret hervor, und einen Beweis dem Beklagten im Sinne des § 27. des sechsten constitutionellen Edicts noch aufzulegen, wäre eine vergebliche Sache. Auch ist durch die eben besagte Urkunde dargethan, daß die den Vorfahrern des Beklagten auf das zum Edelmannssitze erhobene sogenannte Herrn- oder Kasten-Haus titulo mere personali verliehene Jurisdiction keine Patrimonialgerichtsbarkeit im Sinne des Wortes: patrimonium, vererbbares Realvermögen, sey, daß sich die gedachte Jurisdiction nur in so weit, als die Dachtraufe geht, erstrecke, wornach es in die Begriffe fällt, daß eine solche Jurisdiction nach den gesetzlich bestehenden Bestimmungen nicht mehr bestehen und ausgeübt werden kann, weil der Gerichtsherr dieselbe über sich selbst ausüben müßte, was doch nicht angeht.

Daß dem Vorfahrer des Beklagten die Selbstverwaltung seiner Gerichtsbarkeit auf H. bewilligt, und daß mittels Rescripts vom 5. October 1820 die auf das Herrn- oder Ka-

stenhaus zu H. verliehene Jurisdiction in ein Patrimonialgericht erster Classe umgeschaffen, nachhin aber daselbst ein Patrimonialgericht zweiter Classe constituirt wurde, sind administrative Verfügungen, welche dem Beklagten kein Recht auf den ferneren Bestand dieses Patrimonialgerichts geben.

Da der Beklagte bisher im ruhigen Besitze der Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit sich befand, so rechtfertiget sich in Hinblick auf die gesetzliche Bestimmung cap. 17. § 4. Nr. 3. der Ausspruch über die Compensation der Kosten von selbst.

Es war demnach, wie geschehen, zu erkennen.

München, den 20. Dec. 1833.

Lerchenfeld, Dir.

Coll. Graf, Access.

6.

Erkenntniß.

Seine königl. Majestät.

Ueber königl. Grundhold. darf ein Private nie Gerichtsbarkeit ausüben, ausgenommen, er erhält sie durch Tausch v. König.

Erkennen in der Klagsache des erblichen Herrn Reichts-Raths Grafen von N. gegen den kön. Fiscus die Gerichtsbarkeit über vormalige Grundholden des Reichsstifts O. betreffend zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den Unterdonaus-Kreis vom 3. September 1830.

Entscheidungs-Gründe.

1. Nach § 27. des Edictes über die gutsherrlichen Rechte kann die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auf keinem Gutsbezirke Platz greifen, wo dieselbe nicht schon im Jahre 1806 hierauf begründet, und eine Patrimonialgerichtsbarkeit daselbst hergebracht war.

2. Nach dem folgenden § 28. ist aber die gutsherrliche Gerichtsbarkeit allenthalben auf die eigenen Grundholden des Gutsherrn beschränkt, und darf in der Regel auf Grundholden des Königs oder anderer Grundherrn, so wie auf Besitzer frei eigner Güter nicht ausgedehnt werden.

3. Von dieser Regel ist dann in demselben § nur dahin eine Ausnahme gemacht, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit jedoch auch auf jene Grundholden der Kirchen und Stiftungen, so wie anderer Privatpersonen, und auf jene Besitzer frei eigener Güter erstreckt werden könne, worüber der Gutsherr die Gerichtsbarkeit schon im Jahre 1806 mit einem dinglichen Rechte in Besitz gehabt hat.

4. Da aber in dieser Ausnahme der Grundholden des Königs nicht erwähnt ist, so muß es hinsichtlich derselben bei der Regel bleiben, daß auf sie die gutsherrliche Gerichtsbarkeit nie ausgedehnt sey, noch jemals ausgedehnt werden dürfe.

5. Hiegegen könnte zwar eingewendet werden, daß, da der erwähnte § 28. die Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit über Grundholden des Königs nicht absolut, sondern nur in der Regel verbiete, die Ausnahme von derselben, wenn nämlich der Gutsherr die Gerichtsbarkeit schon im Jahre 1806 mit einem dinglichen Rechte besessen hat, auch auf königliche Grundholden bezogen werden könne.

6. Allein die Regel ist nicht blos hinsichtlich der Grundholden des Königs, sondern auch hinsichtlich fremder Grundherrn, und der Besitzer frei eigner Güter gegeben, die Ausnahme aber blos hinsichtlich der Grundholden fremder Grundherrn, und der Besitzer frei eigner Güter gemacht, und erstreckt sich daher auf Grundholden des Königs nicht.

7. Im Gegentheile ist in dem 3. Absatze des § 28. bestimmt, daß nur im Falle eines Austausches von Grundholden zwischen dem Staate und einem adelichen Gutsbesitzer, die Gerichtsbarkeit über die eingetauschten kön. Grundholden durch ihre Vertauschung aufhören, solche zu seyn.

8. Somit entscheidet auch der Besitz einer grundherrlichen Gerichtsbarkeit über königl. Grundholden vom Jahre 1806 nichts, sondern er ist nur dann entscheidend, wenn der Gutsherr die Gerichtsbarkeit über Grundholden anderer Grundherrn, und über Besitzer frei eigner Güter, schon im Jahre 1806 mit einem dinglichen Rechte besessen hat, da die wegen eines solchen Besitzes in dem erwähnten § 28. enthaltene Ausnahme nur von Grundholden der Kirchen und Stiftungen und anderer Privaten, nicht aber auch von Grundholden des Königs, deren die Regel doch ausdrücklich erwähnt, spricht.

9. Deßhalb, und da durch die im Jahre 1818 von dem Könige kraft seiner damals noch unbeschränkt gewesenen Gesetzgebungsgewalt, dem Reiche gegebene Verfassung der künftige Bestand der Patrimonialgerichtsbarkeit neu festgestellt werden konnte, und in dem § 28. der Beilage VI. der Verfassungs-Urkunde bestimmt wurde, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auf Grundholden des Königs nicht ausgedehnt seyn, noch ausgedehnet werden dürfe, ist jede sowohl schon vor dem Erscheinen der Verfassungs-Urkunde, als erst nach derselben erworbene gutsherrliche Gerichtsbarkeit über kön. Grundholden verboten, den Fall eines Austausches von Grundholden zwischen dem Staate und einem adelichen Gutsbesitzer allein ausgenommen.

10. Da nun die Grundholden zu D. und W., über welche Graf von N. als Gutsbesitzer von Ä. die Gerichtsbarkeit ohne Grundherrlichkeit ausübte, vor der im Jahre 1803 eingetretenen Säcularisation zu dem Reichsstifte D., nach derselben aber dem Fürsten Primas von N. grundbar waren, und von diesem die Grundherrlichkeit im Jahre 1830 an die Krone Bayern übergegangen ist, so wurde die fragliche Gerichtsbarkeit von dem Staate mit Recht eingezogen, und die Entbindung des konigl. Fiscus von der Klage mußte daher um so mehr bestättiget werden, als eine authentische Erläuterung des § 28. der Beilage VI. zur Verfassungs-Urkunde nicht vorliegt, somit die Gerichte zur selbstigen Interpretation des erwähnten § vermöge der ihnen durch Titel VIII. § 3. der

Verfassungs-Urkunde garantirten Unabhängigkeit befugt und verpflichtet sind.

München, den 1. October. 1832.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden, Präsident.

Frankl.

7.

Ueber grundherrliche Scharrwerk.

Erkenntniß.

In Sachen des Freiherrn von H. auf B. gegen seine dortige Hintersassen pct. operarum erkennt das kön. Appellations-Gericht des *** Kreises zu Recht:

daß Freiherr v. H. mit seiner Klage abzuweisen sey.

Die Kosten beider Instanzen werden verglichen.

Entscheidungs-Gründe.

Freiherr v. H. fodert von seinen Hintersassen zu B. gemessene und ungemessene Frohnen, die sie ihm verweigern, indem sie behaupten, daß diejenige Frohne, die sie dem Gutsherrn vorhin zu leisten schuldig waren, mit der Einziehung der Gerichtsbarkeit auf dem Gute B. auf den Staat übergegangen sey, und jetzt von ihnen in einem bestimmten Geldbetrage an das kön. Rentamt geleistet werden müsse.

Diese in der Einrede vorgebrachte Thatsache ist actenmäßig und unwidersprochen; denn ein Schreiben des königl. Rentamts W. vom 27. Apr. 1810 bewährt, daß auf dem Gute B. die Gerichtsbarkeit schon im Jahre 1807 eingezogen, und jenes am 4. Juli 1809 von der kön. Finanz-Direction angewiesen worden sey, nunmehr auch die Gerichtsscharrwerk

für die Landherrschaft einzuziehen, was auch geschehen wäre; doch heißt es in diesem Schreiben, hätte sich die Finanz-Direction auf keine rechtliche Ausscheidung der Scharrwerk eingelassen, sondern es wäre bloß von dem Gutsherrn der Beweis und die Ausscheidung derselben verlangt; nach diesen Daten ist der Entwurf aufgenommen, und mittels Bericht der kön. Finanz-Direction vorgelegt worden, von welcher dann der Befehl erfolgt wäre, daß die Unterthanen die Gerichtsscharrwerk nur zum Rentamte zu entrichten hätten.

Das vaterländische Gesetz stellt im Allgemeinen das Princip auf, daß alle Scharrwerke von der Gerichtsbarkeit ausgehen.

Cod. civ. pars 2. cap. 11. § 4. nro. 1. dann § 15. nr. 1. in den Anmerkungen eben da.

Abgesehen von allen weitern in besondern Fällen gedenkbaren Verhältnissen würde schon auf den Grund dieses gesetzlichen Princips der Frhr. v. H. mit seiner, nach dem Verluste der Gerichtsbarkeit geltend gemachten Frohnen-Foderung abweislich verbeschieden werden müssen, wenn er nicht damit die Behauptung verbunden hätte, daß die gemessenen und ungemessenen Scharrwerke, welche er fodert, auf dem grundherrlichen — sofort auf einem rein emphiteutischen Verhältnisse beruhe, und keineswegs als ein Ausfluß der Gerichtsbarkeit betrachtet werden dürfe.

Zugleich führt er zur Begründung der Rechtmäßigkeit seiner Foderung eine allerhöchste Verordnung vom 25. Novemb. 1809 an, wodurch der Unterschied zwischen den Gerichts- und grundherrlichen Scharrwerken aufgehoben, und vermöge welcher alle diese Frohnen den Gutsbesitzern als grundherrlich überlassen seyn sollen.

Allein diese Einwendung, wodurch auf einmal die ganze Rechts- und Gesetzes-Theorie von den Frohnen umgestaltet worden wäre, ist theils den Gerichten nie legal bekannt gemacht worden, theils haben ihre spätern Erläuterungen ausgesprochen, daß nur jenen Gutsherrn, welche bei dem allgemeinen revolutionären Untergange der Hofmarks-Gerichtsbarkeit dieselbe dennoch aus besondern Verhältnissen beibehielten,

die Frohne ohne Unterschied zwischen den ältern legislativen Begriffen, als grundherrlich überlassen seyn soll.

In so ferne frommt demnach dem Frhr. v. H. die angezogene Verordnung vom 25. Nov. 1809, da er actenmäßig nicht unter diejenigen Gutsherrn gehört, welche die Gerichtsbarkeit bei der Geltendmachung der reinern Landeshoheitsbegriffe retteten, durchaus nichts, und das Heil seiner Klage hängt lediglich von der Erörterung der Frage ab:

ob er den Beweis geliefert habe, daß auf dem Gute B. außer der Gerichtsscharrwerk auch noch eine gemessene und ungemessene grundherrliche Frohne hergebracht sey?

Dieses Beisammenstehen beider Arten von Frohnen widerstrebt nicht nur der allgemeinen staatsrechtlichen Theorie nicht, sondern es ließe sich vielleicht sogar aus der Geschichte beweisen, daß die gemessenen und ungemessenen Frohnen längst vor der ottomanischen Handveste auf den Gütern der Grundherren in voller Übung gewesen, und nicht viel jünger, als die landesherrliche Frohne in ihren mannigfaltigen Verzweigungen sey.

Auch schließt selbst das vaterländische Gesetz die Möglichkeit des Daseyns einer grundherrlichen Frohne auf den adelichen Gütern nicht aus, indem es heißt:

das Scharrwerkrecht hängt obverstandenermassen lediglich von der Niedergerichtsbarkeit ab, und wird mithin andergestalt nicht, als mittels selber erlangt; — die übrigen Dienste und Arbeiten aber, welche man auch ohne Jurisdiction über bloße Grund- oder andere fremde Gerichtsunterthanen durch Geding oder Verjährung öfters zu erlangen pflegt, sind nicht so viel als Scharrwerken, als andere unbenannte Gerechtigkeiten anzusehen.

Cod. civ. p. 2. c. 11. § 6. in den Anmerk. lit. b.

Ob nun Dienste, die Jemandem auf Anfodern umsonst, oder gegen eine geringe Vergeltung geleistet werden müssen, unter den strengen Begriff von Frohnen, oder anderer ungenannten Gerechtigkeiten zu stellen seyen, darauf kommt es im

allgemeinen, wie hierin sonderheitlich gar nicht an, sondern wie schon erwähnt, darauf, ob Frhr. v. H. das Hergebrachtseyn solcher grundherrlichen Dienste auf dem Gute B. bewiesen habe?

Folgende Gründe bejahen diese Frage:

1. Es heißt in dem Schreiben des königl. Rentamts W. vom 27. April 1810 ausdrücklich, es sey von dem Gutsbesitzer zu B. der Beweis und die Ausscheidung der Scharrwerke, nämlich der vogteilichen und grundherrlichen verlangt, der nach diesen Daten gemachte Entwurf der kön. Landes- oder Finanz-Direction vorgelegt, und auf deren Befehl alsdann die Jurisdictionsscharrwerk eingezogen worden.

Hieraus geht schon nach den Grundsätzen der Etymologie hervor, daß damals zweierlei Arten von Frohnen auf dem Gute B. bestanden haben, und daß, da nur die vogteiliche von dem Staate eingezogen wurde, die grundherrliche unangetastet, also da die Regierung daran kein Recht hatte, dem Gutsherrn geblieben sey.

2. Die dem Frhrn. von H. gemachte Beweisesauflage, welche in Rechtskraft besteht, heißt ausdrücklich:

Welche weitere Scharrwerks-Dienste noch hergebracht seyen und er von seinen Grundholden noch fodern könne? dieß hätte er zu beweisen.

Übereinstimmend mit diesem Thema wurde den Zeugen der Weisungssatz des Inhalts vorgetragen:

Ja und wahr, daß die in der vorgelegten Tabelle enthaltene gemessene und ungemessene Scharrwerk von jeher von den B.'schen Grundholden verreicht wurde?

und sämmtliche Zeugen bestättigten diesen Weisungssatz, nachdem ihnen die über die gemessene und ungemessene Frohne verfaßte, dem Weisungssatze angeschlossene Tabelle vorgelegt worden war, als vollkommen wahr.

Der 88jährige Heinrich W., quiescirter Patrimonialrichter führte namentlich alle Scharrwerke, sowohl gemessene als ungemessene von sämmtlichen Hintersassen specifisch an, und bezeugte, daß dieselben von jeher Herkommens war.

Auch sein Sohn Michael W., ehemaliger Jurisdictions-Verwalter von B. bejahte den Weisungssatz durchaus, und führte an, daß, als im Jahre 1807 die Gerichtsbarkeit eingezogen wurde, das kön. Rentamt W. im Orte B. sowohl über die gemessene als ungemessene Frohne und Handscharrwerk eine Liquidation vorgenommen, in Zeugens und seines Vaters Beiseyn den Hintersassen die bezeichneten Arten der Frohne mit der Frage, ob sie sie von jeher also leisteten? Post für Post vorgehalten, und als diese es bejahten, das Protocoll von ihnen habe unterzeichnen lassen.

Die beiden Zeugen Georg A. von A., ehemaliger Pächter des Schloß-Hofbaues von B. und Simon D., Garten-Pächter von dort bezeugten gleichfalls eidlich, daß die ihnen vorgehaltenen gemessenen und ungemessenen Frohnen von jeher von den Grundholden geleistet wurden.

Das nämliche sagten die ehemaligen Gutsbesitzer von B., Frau Gräfin von T., die Legationsräthin N. und Ulrich a M. und zwar erstere mit dem Beisatze, daß, als die Schloß-öconomie-Gründe verpachtet waren, die Frohne von den Hintersassen im Gelde bezahlt worden sey.

In voller Übereinstimmung mit diesen eidlichen Zeugenaussagen stehen die von dem Kläger producirten Urkunden, nämlich der vor der kön. Regierung A. abgeschlossene Vergleich und Verbescheidungen vom 8. Juli 1690 und vom 22. Sept. 1751.

Ersterer enthält alle Arten der Frohnen, die in der dem Weisungssatze angeschlossenen Tabelle vorgetragen sind, als Leistungen, welche den Hintersassen obliegen, und das rechtskräftig gewordene Erkenntniß verbindet mit Hinweisung auf den Vergleich zur unbedingten Prästation der darin enthaltenen Scharrwerk.

Die beiden Saalbücher, obgleich sie nach der Foderung des Gesetzes *Cod. jud. cap.* 11. § 2, *nro.* 1. von den betheiligten Hintersassen nicht mit unterschrieben sind, mithin ein wesentliches Erfoderniß ihre Beweiskraft entbehren, unterstützen nichts destoweniger den voranstehenden Zeugen und Urkunden — Beweis wesentlich, weil sie sich mit jener in der

vollständigsten Harmonie befinden, und lediglich jene Scharrwerksleistungen enthalten, die durch obige Regierung, die Verbescheidung und den Vergleich festgesetzt sind.

3. Da gegen die sämmtlichen Zeugen keine erhebliche Einwendung gemacht werden konnte, indem die beiden W. Vater und Sohn zur Zeit, wo sie ihre eidlichen Zeugnisse ablegten, nicht mehr im activen Dienste der Gutsherrschaft von B. waren, sondern ersterer sich im Pensionsstande befand, und letzterer seine Stelle durch die Einziehung der Gerichtsbarkeit verloren hatte; die übrigen Zeugen hingegen durchaus als unbetheiligt erscheinen; da endlich die in Urschriften vorgelegten Urkunden ohnehin über jeden Vorwurf eines die Beweiskraft ausschließenden Mangels erhaben sind, ihnen auch mit Grund keiner gemacht werden konnte, so steht in der gleichförmigen Aussage sämmtlicher 7 Zeugen, und in der vollen Übereinstimmung der Urkunden mit denselben nach den Foderungen des Gesetzes *Cod. jud. cap.* 10. § 17. allerdings ein vollkommener Beweis fest, daß Frhr. von H. oder vielmehr seine Gutsvorfahrer auf dem Landgute B. eine gemessene und ungemessene Frohne, wie sie das von ihm mit der Beweisesantretung übergebene Verzeichniß enthält, allerdings hergebracht haben.

Allein daß

4. diese Frohnen eine rein grundherrliche durch Vertrag mit den Unterthanen, oder durch Verjährung oder sonst wie immer erworben sey, dieß liegt weder in den Zeugen-Aussagen, noch in den Urkunden. Denn weder erstere, noch letztere geben das Merkmal, welches in der vorliegenden Streitsache das Wesentlichste und sogar das Unerläßlichste ist, an, nämlich dieses, daß die von ihm gefoderte Frohne dem Grundherrn von B., als solchem, von jeher geleistet werden mußte.

Nicht einmal sein Weisungssatz enthält dieses Merkmal, denn es heißt darin nur:

Ja und wahr, daß die in der Tabelle enthaltenen gemessenen und ungemessenen Scharrwerke von jeher von den B.'schen Grundholden gereicht wurden.

Wenn gleich diesen Satz die Zeugen und Urkunden durchaus als wahr bestättigen, so ist doch gleichwohl ungeachtet dessen unerwiesen geblieben, daß die fragliche Frohne eine rein grundherrliche sey.

Sie kann eben so gut eine vogteiliche seyn, weil vor 1807 das Gut B. mit der niedern Gerichtsbarkeit begabt war, und die vorliegende muß sogar, so lange, bis nicht das Gegentheil bewiesen ist, dafür geachtet werden.

Cod. jud. p. 2. cap. 11. § 4. und 15. in den Anmerk.

eben da.

5. Freiherr von H., welcher es nicht bestreiten konnte, daß er die auf seinem Gute G. verlorne Gerichts-Scharrwerk keineswegs mehr ansprechen konnte, ging wie seine Schriftsätze zeigen, von der Behauptung aus, daß er außer der Gerichtsscharrwerk, noch eine grundherrliche, und zwar eine gemessene und ungemessene Frohne bei seinen Hintersassen hergebracht habe.

Ganz dieser Behauptung gemäß fixirte der erste Richter sein rechtskräftig gewordenes Beweisthema dahin:

„Er hätte zu beweisen, welche weitern Scharrwerksdienste noch hergebracht seyen und er von seinen Grundholden noch fodern könne.“

Deutlicher und besser gestellt spricht dieser Satz nichts anders aus, als:

Er habe zu beweisen, daß er außer den vogteilichen auch noch eine grundherrliche Frohne hergebracht habe. Unter diesen Umständen lag es dem Frhrn. v. H. in der Vereinigung seiner aufgestellten Behauptung und in Gemäßheit der fixirten richterlichen Beweises-Auflage ob, den Nebensatz aufzustellen: daß er außer der gerichtlichen noch eine weitere grundherrliche Frohne hergebracht habe. Allein gerade dieses Unterschieds-Merkmal nahm er in seinem Weisungssatze nicht auf, und deßhalb konnten sich auch die Zeugen darüber, ob die angesprochene Scharrwerk eine grundherrliche und neben der gerichtlichen immer geleistet worden sey? nicht äußern, woraus mithin folgt, daß die Foderung der gerichtlichen Beweises-Auflage unerfüllt, und das, was hätte bewiesen wer-

den sollen, nämlich daß die von ihm angesprochene Frohne auf dem grundherrlichen Verbande beruhe, unerwiesen geblieben sey.

6. Das rentämtliche Schreiben vom 27. April 1810, worin vorkömmt, daß die Scharrwerk ausgeschieden, und die Gerichtsfrohne für den Staat eingezogen worden sey, ersetzt das Mangelnde seines Weisungssatzes nicht; denn es geht daraus, was doch seyn mußte, nicht zugleich hervor, daß bei der vorgenommenen Ausscheidung sich eine grundherrliche Frohne als existent bezeigt habe, oder daß nach der Einziehung noch eine Frohne an die Gutsherrn geleistet worden sey. Letzteres ist ohnehin actenmäßig der Fall nicht, weil die wirkliche Einziehung der Gerichtsscharrwerk bei B. erst im Jahre 1809 geschah, und gleich darauf, als die Hintersassen nichts destoweniger zur Frohne von dem Gutsherrn angehalten werden wollten, diese sich dessen weigerten, und dadurch den gegenwärtigen Streit veranlaßten.

7. Auch der Umstand, daß seine Weisungsschrift in zweien Instanzen als relevant erkannt wurde, hebt das mangelhafte seines Probesatzes nicht auf, weil allerdings zu beweisen war, daß bei B. eine gemessene und ungemessene Frohne vorhanden sey, indem sonst keine hätte angesprochen werden können, und in so ferne, als zunächst die Existenz einer Frohnen-Pflichtigkeit herzustellen war, mußte ganz natürlich sein Weisungssatz für erheblich anerkannt werden.

Allein es ist ein Unterschied zwischen dem Weisungssatze und dem Beweise selbst.

Jener kann erheblich seyn, und richterlich in dieser Eigenschaft erkannt werden; aber erst dieser bedingt die rechtliche Wirkung.

Aus diesen Gründen geht klar hrrvor, daß Frhr. v. H. das Daseyn einer grundherrlichen Qualität der Frohne auf dem Landgute B. nicht erwiesen habe, und deßwegen mußte wie geschehen, erkannt werden.

Den 14. April 1820.

Königl. Appellationsgericht für den *** Kreis.

8.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Freiherrn v. H. auf B. gegen seine Hintersassen daselbst, Scharrwerk betr., zu Recht, und bestättigen das vom kön. Appellationsgerichte für den *** Kreis unterm 14. April 1820 erlassene, am 28. Mai hierauf eröffnete Erkenntniß in der Art, daß die beklagten Hintersassen von der von dem Freiherrn von H. praes. 19. April 1810 angestellten Klage, so weit in derselben rein grundherrliche Dienste gefordert worden sind, zu entbinden seyen.

Die Kosten aller 3 Instanzen werden compensirt.

Gründe.

Durch rechtskräftiges Interlocut vom 27. April 1812 ist dem Freiherrn von H. aufgetragen worden, zu beweisen, welche weitere Scharrwerksdienste noch hergebracht seyen, und er von seinen Grundholden noch fordern könne?

In den diesem Urtheile beigefügten Entscheidungsgründen wurde angenommen, daß die Hintersassen außer der von der Finanz-Direction des *** Kreises in Geld verwandelten Gerichtsscharrwerk, keine andere zugestunden, daß die Trennung der Jurisdiction von der grundherrlichen Scharrwerk bei B. festgesetzt worden, daß die Hintersassen die anrepartirte Quote für die Jurisdictionsscharrwerk wirklich bezahlen mußten, daß sie das Daseyn einer grundherrlichen Scharrwerk geradezu widersprachen, und die grundherlichen Scharrwerke aus der bloßen Grundherrschaft nicht geschlossen würde, dann daß in den Acten nirgends vorkomme, welche Scharrwerksdienste außer den von dem kön. Rentamte W. eingezogenen Gerichtsfrohnen hergekommen seyen, und von der Gutsherrschaft gefordert werden konnten.

Hiernach ergibt sich also, daß durch den Auftrag an Freiherrn v. H., zu beweisen, welche weitere Scharrwerks-

dienste noch hergebracht seyen, und er von seinen Grundholden noch fodern könne, demselben der Beweis lediglich dahin injungirt worden sey, daß und welche Scharrwerksdienste er abgesehen von der von dem Staate eingezogenen und in Geld verwandelten Gerichts- oder Vogtei-Scharrwerk als Grundherrliche, oder Giltscharrwerk rechtlich fordern könne.

Um der Beweisauflage zu entsprechen hat Frhr. v. H.

I. Urkunden, nämlich

a) einen zwischen dem scharrwerkpflichtigen Unterthan von B. und dem damaligen Gutsbesitzer Georg R. pct. operarum am 9. Juni 1690 abgeschlossenen Vergleich, und die von Seite der damaligen churfürstlichen Regierung zu A. am 8. Juli hierauf erfolgte Genehmigung;

b) die von der nämlichen Regierung in demselben Betreff unterm 22. September 1751 erfolgte definitive Verbescheidung und

c) 2 Saalbücher, dann

II. Zeugen producirt. Durch diese ist nun zwar, wie bereits das königl. Appellationsgericht in den, seinem Erkenntnisse nachgesetzten Motiven dargethan hat, nachgewiesen worden, daß Freiherr von H. oder vielmehr seine Gutsvorfahrer auf dem Landgute B. eine gemessene und ungemessene Frohne, wie in dem mit der Beweisantretungs-Schrift übergebenen Verzeichnisse enthalten, allerdings hergebracht habe; allein das dem Kläger zum Beweis aufgetragene ist dadurch auf keine Weise dargethan worden.

Da die Scharrwerk nach Cod. civ. p. 2. cap. 11. § 1. dem Gerichts- oder Vogtherrn geleistet wird, dieselbe also in der Regel nur der Gerichts- oder Vogtherr, und Ausnahmsweise auch der Grundherr fordern kann, cod. civ. l. c. §§ 4, 5, 6, 15, 16., so hätte Freiherr von H., da die Gerichts- oder Vogtscharrwerk im Jahre 1807 resp. 1809 von dem Staate eingezogen, und in eine Geldabgabe verwandelt worden ist, bei dem Antritte des ihm aufgetragenen Beweises, die Gerichts- resp. Vogtscharrwerk von der grundherrlichen oder Giltscharrwerk genau ausscheiden, und dem Interlocute gemäß ausdrücklich darauf articuliren sollen, daß und welche

Scharrwerk er als Grundherr von den Hintersassen zu B. als Grundholden zu fordern berechtiget sey.

Darauf hat aber Freiherr von H. nicht einmal seinen Beweissatz gestellt. Dieser lautet zwar dahin, daß die in der Beilage a. zur Beweisschrift enthaltene gemessene und ungemessene Scharrwerk von jeher von den B.'schen Unterthanen errichtet worden sey.

Allein eben daraus, daß auch auf die Verrichtung ungemessener Frohnen articulirt worden, ergibt sich, daß die Ausscheidung der Gerichts- von der grundherrlichen Frohne unterlassen worden sey, indem die ungemessene Scharrwerk blos dem Gerichtsherrn geleistet wird, cod. civ. l. c § 2., während die grundherrliche oder Giltscharrwerk nur durch einen Vertrag zwischen dem Grundherrn und dem Grundholden erlangt wird.

Cod. civ. l. c. §§ 6 und 16. nr. 3. folglich eine ungemessene Frohne niemals seyn kann.

Das Beweis-Thema ist demnach von dem Kläger nicht dargethan worden, denn in der unter der Aufschrift „Tabelle" über sämmtliche B.'schen grundherrlichen Scharrwerke der Beweisschrift angelegten Beilage a sind auch ungemessene Scharrwerke aufgeführt, und es kann daher für den Beweisführer nicht entscheiden, daß die producirten Zeugen den oben allegirten Beweissatz bestättiget haben, zumal, da von den Zeugen dafür, daß Kläger die in der erwähnten Tabelle bezeichneten Frohnen als Grundherr von seinen Grundholden gefordert und erhalten habe, concludente Thatsachen nirgends angeführt worden sind, abgesehen davon, daß mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Zeugen ohnehin nicht wohl angenommen werden kann, es sey denselben der zwischen der gerichts- und grundherrlichen Frohne von dem Gesetze aufgestellte so wesentliche Unterschied bekannt gewesen.

Da Kläger nach dieser Darstellung den ihm auferlegten Beweis nicht gestellt hat, so erscheint die von ihm praes. 19. April 1810 angestellte Klage ungegründet, jedoch nicht weiter, als in derselben von dem Kläger rein grundherrliche Frohnen in Anspruch genommen worden sind.

Es mußte demnach das appellationsgerichtliche Urtheil in der dem disp. Theile des gegenwärtigen oberstrichterlichen Erkenntnisses angeführten Art unter Compensation der Kosten aller drei Instanzen cod. jud. cap. 17. § 4. nr. 3. bestättigt, sohin Beklagte von der Klage in so weit entbunden, im ganzen folglich wie geschehen, erkannt werden.

München, den 23. Dec. 1823.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Graf v. Arco, Präsident.

Frankl, Secr.

9.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appellations-Gericht für den *** Kreis in der Streitsache der Freifrau v. A. auf H. gegen den kön. Fiscus wegen Einziehung der Scharrwerke zu Recht:

1) „daß der kön. Fiscus von der unterm 9. Mai 1828 von der Freifrau von A. auf H. gegen ihn gestellten Klage zu entbinden sey,

2) daß Klägerin die Kosten allein zu tragen habe.“

Gründe.

1. Die von der Klägerin angestellte Klage ist, was sowohl das kön. Fiscalat in der Exceptionsschrift, als auch die Klägerin in der Replik zugibt und behauptet, das interd. retin. poss. „uti possidetis“ und zwar in possess. ordin. Der in Anspruch genommene Fiscus setzt diesem Rechtsmittel den Mangel des Besitzes resp. Quasibesitzes entgegen, läugnet allen rechtlichen Grund zur Besitzklage, und sucht aus allgemeinen Staatsrechten und daraus genommenen petitorischen

Gründen zugleich die Präpotenz seines Rechtszustandes gegen den prätendirten Besitzstand der Klägerin darzuthun.

2. Das poss. ord. fodert zu seiner gesetzlichen Begründung die Nachweisung nicht nur des ältern Besitzstandes, sondern auch dessen zur Zeit noch bestehenden Rechtmäßigkeit. Diese Nachweisung hat Klägerin nicht geliefert, und es steht ihr selbst schon die rechtliche Möglichkeit entgegen, solche zu liefern, abgesehen davon, daß die Nachweisung in erster Beziehung nach der Verf.-Urk. deren VI. Beil. und nach den klaren Aussprüchen der Staatsrathsbeschlüsse vom 12. Oct. 1826 Nr. 3. § 20. seq. unerheblich wäre, und einen haltbaren Besitzstand zu begründen nimmermehr vermöchte; denn Klägerin

a) stellt selbst nicht in Abrede, daß ihre ehedem zum Patrimonialgerichte P. in H. gehörigen Hintersassen der Ortschaften E., K. ꝛc. in Folge der Verf.-Urk. Tit. V. § 4. und des Edicts über die gutsherrlichen Rechte § 28. vom Staate eingezogen worden seyen, und sie hat sich dabei, ohne irgend einen Anspruch anzuregen vollkommen beruhigt.

Klägerin hat also ihrem eigenen Geständnisse nach besagte Gerichtsbarkeit, soviel Besitz und Rechtsstand betreffend, constitutionel verloren.

b) Wer die Substanz eines Rechts verliert, hat auch die in dessen innern Wesen gegründeten, oder nur auf solchen beruhende Bestandtheile und Attribute gleichfalls verloren. Wenn nun das Recht, Scharrwerk von den Gutshintersassen, zumal solchen, welche in keinem grundbaren Verhältnisse zu dem Gutsherrn stehen, zu fodern nach Cod. civ. II. cap. 11. § 4. 5 et 6. et ibidem not. lediglich ein Ausfluß der niedern Gerichtsbarkeit ist, diese aber vom Staate auf constit. Art eingezogen worden, wenn ferner die Rechtmäßigkeit dieser Einziehung unbestritten und unstreitbar ist, so ist auch das damit zunächst verbundene Scharrwerkrecht als ein in der Regel von der Gerichtsbarkeit untrennbarer Bestandtheil gleichfalls auf den Staat übergegangen.

Zu diesem Übertritte bedurfte es, um neben dem Rechtsstande auch den Besitzstand zu begründen, keiner förmlichen oder wahren Quasiübergabe, weil nach Cod. civ. II. cap. 5. § 6. der unbestrittene Besitz der Hauptsache die Ergreifung des Besitzes der anklebenden Nebensache schon gesetzlich mit sich bringt resp. ergänzt oder wohl ganz überflüssig macht. Es erscheint also

c) Klägerin in Beziehung auf das in Frage stehende Scharrwerksrecht, wenn sie auch solches früherhin behauptet und ausgeübt hat, von dem Augenblicke an nicht mehr als Besitzerin, als die Hauptsache ihres Besitzstandes, die niedere Gerichtsbarkeit, ohne allen Vorbehalt vom Staate constitutionel eingezogen worden ist.

Daraus folgt, daß ihr früherer Besitzstand, wenn er auch nachgewiesen vorläge, für sie nach erfolgter constitutioneler Einziehung des Hauptrechtes ohne Bedeutsamkeit wäre, und daß sie seit diesem Augenblicke nicht mehr im Besitzstande war, noch seyn konnte, sohin der Begriff einer Besitzstörung von selbst gänzlich wegfalle. Daneben

d) ist von ihrem prätendirten Besitzstande ein nach Cod. jud. cap. III. § 4. zu dessen gegenwärtiger Begründung unerläßlich nothwendiger Besitztitel gleichfalls nicht gegeben, noch möglich, indem die Verf.-Urk. und die VI. Beil. loc. int. ihr die fernere Behauptung der niedern Gerichtsbarkeit, also auch der ohne sie nicht weiter begründeten Folge-Rechte mit dürren Worten abspricht, wenn die Hintersassen nicht auch zugleich Grundholden sind.

Es mangeln also beide Bedingungen, durch deren Nachweisung die Gesetze die Zuläßigkeit einer Besitzstandklage der Art bedingt haben, und muß sohin vorliegende Besitzklage wegen mangelnden Klagegrundes abgewiesen werden.

III. Klägerin läßt nun freilich in ihrer Klageschrift herkommen, daß es noch nicht dargethan sey, daß die in Frage stehenden Leistungen jurisdictions- und keine grundherrlichen oder Giltscharrwerke seyen, und daß ihr die Regierungs-Ent-

schließung vom 5. Dec. 1821 zur Seite stehe, vermöge welcher, da nirgends ausgesprochen sey, daß bei Einziehung gutsherrlicher Gerichtsbarkeiten auch die ständige Vogteireichniß und Vogteischarrwerke der Grundholden mit eingezogen werden sollen, die letztern dem Gutsherrn als grundherrliche Gefälle zu benelass seyen.

Allein das erste Assert, welches aus Cod. civ. cap. 11. §2. seq. den höchsten Grad gesetzlicher Vermuthung gegen sich hat, indem hier von Scharrwerken die Rede ist, während die sogenannten Giltscharrwerke eigentlich gar nicht unter dem Begriffe der Scharrwerke stehen, eignet sich schon gar nicht zur Untersuchung im Besitzstreite, sondern ist eine zum Rechtsstreite gehörige petitorische Vorfrage, welche nach Cod. jud. III. § 4. Nr. 3. als auf der Stelle nicht nachgewiesen in dieser Proceßart nicht weiter zu berücksichtigen ist.

Was die von der Klägerin angeführte Entschließung der kön. Regierung d. d. 5. Dec. 1821 betrifft, so bewährt dieselbe

a) nicht jene Voraussetzungen, welche allein den schon bemerkten Grund einer ordentlichen Besitzklage bilden.

b) Ist und kann dieselbe, als von einer Verwaltungsstelle auf einseitige Vorstellung ergangen, als rechtliches Entscheidungsmotiv durchaus nicht und um so weniger angesehen werden, als

c) für den vorliegenden Streitfall bestimmte Civilgesetze im Einklange mit der Verf.-Urk. dann deren VI. Beil. § 28. und insbesondere § 114. ganz unzweideutig sprechen.

Eben dieser letztgenannte § 114. spricht einzig und allein von dem herkömmlichen Vogthaber, welcher den Gutsherren, wenn auch die Gerichtsbarkeit an die königlichen Behörden übergeht, verbleiben soll.

Nun ist aber nicht die Einziehung eines Vogthabers, sondern der Scharrwerke und der Scharrwerkgeldreichnisse von den resp. kön. Rentämtern oder der kön. Regierung beantragt worden.

Es sind also diese von der Klägerin zur Beschönigung des von ihr angeregten Besitzstandes angeführten eigentlich

petitorischen Gründe, wenn sie auch hier berücksichtiget werden könnten, für ihre Klageabsicht noch immer unzureichend.

Übrigens

IV. ist aus einer genauen Vergleichung der Klage- und Einrede-Motive nicht zu verkennen, daß beide Theile mit dem possessorischen petitorische Gründe vermischt haben, daß aber erstere den letztern am Gewichte weit zurückstehen, vielmehr die von dem kön. Fiscalate neben der Einrede mangelnden Besitzes und des Mangels des die Besitzklage rechtfertigenden Grundes auf Seite der Klägerin entgegengesetzte Einrede des Verlurstes der niedern Gerichtsbarkeit, und des damit nach Cod. civ. II. cap. 11. § 5. nr. 1. gesetzlich verbundenen Verlurstes des Scharrwerksrechts vollkommen liquid erscheine. In einem Falle der Art gestattet Cod. jud. III. § 4. nr. 54 et 15. auf die petitorischen Gründe Rücksicht zu nehmen, von dem possess. zu abstrahiren, und über den Rechtsstand selbst zu erkennen

Da indessen von den Theilen deßhalb keine besondern Anträge gemacht worden, so sind lediglich deren Gesuche zu beachten.

Den 6. Februar 1829.

Kön. Appellations-Gericht für den *** Kreis.

10.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des kön. Kämmerers Karl August von L., nun der Gräfin von K. auf D. gegen den kön. Fiscus wegen Einziehung vogtherrlicher Scharrwerken s. a. auf eingelegte Berufung des ersten zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den *** Kreis

ddo. 26. November et publ. 24. December 1830 in Haupt- und Nebensache.

Die Appellanten werden in die Kosten II. Instanz und in eine Succumbenztax von 6 Thalern verurtheilt.

Entscheidungs-Gründe.

Im Allgemeinen wird sich auf die Gründe des Erkenntnisses voriger Instanz bezogen, und nur noch folgendes beigefügt:

Der appellantische Graf von L. gestand selbst unumwunden zu, daß die in Frage stehenden Scharrwerken, Vogteizinse und Futtersammlungsgetreide Ausflüße und Zugehörden der eingezogenen niedern Gerichtsbarkeit waren, und auf ein grundherrliches Verhältniß können sich dieselben deßwegen nicht gründen, weil es außer Zweifel ist, daß Graf von L. über die fraglichen 6 ehemaligen Klosterunterthanen nur die niedere Gerichtsbarkeit ausübte, aber keine Grundherrlichkeit besaß.

Obgleich nun die Behauptung des Appellanten richtig ist, daß die Gerichtsbarkeit mit ihren Accessorien, wenn sie auch ursprünglich auf einem staatsrechtlichen Grunde beruht, als ein Privatrecht anzusehen ist, so ferne sie sich im Besitze und Eigenthum eines Privaten befindet, so folgt aber eben hieraus, daß diese Gerichtsbarkeit und ihre Annexa auch nach den bestehenden Civilgesetzen, wie jedes andere Privatrecht bei vorkommenden Streitigkeiten beurtheilt werden müssen.

Nach den klaren Bestimmungen Cod. civ. bav. P. II. cap. 11. § 15 et 16. mußten also bei Einziehung der Gerichtsbarkeit auch die davon abhängenden Frohnen und übrigen Ausflüße derselben aufhören, nam accessorium sequitur principale.

Zwar glaubt Graf v. L., das bayerische Civilgesetz von 1756 sei in dieser Beziehung durch das Edict über die gutsherrlichen Rechte und gutsherrliche Gerichtsbarkeit Beilage VI. zur Verfassungsurkunde, besonders durch die §§ 136, 111 und 114., dann durch die Staatsraths-Beschlüsse vom

12. October 1826 § 66. aufgehoben. Allein diese Meinung und Behauptung ist unrichtig, denn

a) der § 111. der besagten Edicts-Beilage VI. ist offenbar nur von solchen Rechten zu verstehen, die dem Gutsherrn abgesehen von der Gerichtsbarkeit — vermöge des Eigenthums oder der Grundherrlichkeit zustehen, als da sind namentlich Gefälle aus Bergwerken, Jagden, Forsten, Fischereien und dergleichen, oder Renten und Nutzungen, welche aus dem grundherrlichen Rechte entstehen.

b) Der § 114. spricht nur von dem Vogthaber, der im concreten Falle nicht Gegenstand des Streites ist, zumal Graf von K. seine Klage nicht auf eine eigentliche Schirm-, Schutz- und Vogtei-Gerechtigkeit gebaut hat, welche mit der niedern Gerichtsbarkeit nicht zu vermischen ist, und die nach der bayerischen Geschichte und den ältern bayerischen Staatsrechten die adelichen Hofmarksherrn besonders in Folge der ehemaligen Edelmannsfreiheit im Lande Bayern öfters über gewiße zur Hofmark nicht gehörige einschichtige Güter bald mit- bald ohne Gerichtsbarkeit als eine bestandene Gerechtsame unter dem Namen Vogtei hergebracht, und in Kraft derselben den Vogthaber oder andere derlei Prästationen zu genießen hatten, sondern derselbe erklärte selbst, daß die in Frage stehenden Frohnen Vogteizinse und Futtersammlungs-Getreide aus der Gerichtsbarkeit herrührten.

c) Wenn der § 136. ausspricht, daß das Edict über die gutsherrlichen Rechte und gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 26. Mai 1818 fortan als das allein gültige anzusehen sey, so ist dieß nur dahin zu verstehen, daß die frühern Edicte über gutsherrliche Rechte vom 28. Juli 1808, und über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 16. August 1812, nicht aber die allgemeinen Bestimmungen des Civilgesetzbuches über Gerichts-Scharrwerke aufgehoben seyen, denn außer dem hätte dieses bestimmt und klar ausgedrückt werden müssen.

d) Anbelangend die Staatsrathsbeschlüße vom 12. October 1826, welche in § 66. besagen, daß die Einziehung der Gerichtsbarkeit keinen Einfluß auf die gutsherrlichen Gefälle habe, sondern diese mit Inbegriff der ständigen Vogteireich-

nisse, sie mögen in Geld oder Naturalien bestehen, den Gutsbesitzern ungeschmälert belassen werden sollen, so ist zu erwägen, daß dieselben nur als eine instructive Anleitung für die Administrativ-Behörde, nicht aber für eine dem Richter bindende Auslegung des Gesetzes anzusehen sind.

§ 3.

Auch der Umstand, daß die Jurisdiction über ehemalige Kloster-Unterthanen in Folge der Verfassung und des organischen Edictes Beilage VI. einzuziehen, eine ganz neue Art, die mindere Gerichtsbarkeit aufhörend zu machen sey, welche das ältere Gesetz nicht könne, kann den Appellanten nicht frommen, denn wenn das ältere Gesetz im Allgemeinen festsetzt, daß mit dem Verlust der Gerichtsbarkeit die davon abhängenden Frohnen und übrigen Annexa cessiren, so kömmt es, auf die Art, wie die Gerichtsbarkeit ihr Ende erreicht, wenn dieses rechtlich und verfassungsmäßig geschieht, nicht mehr an; der Gesetzgeber konnte bei Erlassung eines allgemeinen Gesetzes ohnmöglich alle künftigen Fälle vorsehen, und ein allgemeines Gesetz bleibt so lange gültig, bis eine Ausnahme hievon oder eine gänzliche oder theilweise Abrogation klar und bestimmt nachgewiesen wird.

§ 4.

Was endlich das vom Appellanten allegirte, aber nicht producirte, in Sachen S. gegen Grafen von P. wegen Futtersammlung am 11. Juni 1816 sohin noch vor Einführung der Constitution von 1818 erfolgte allerhöchste Special-Rescript betrifft, so ist in dieser Hinsicht zu bemerken, daß dasselbe um da minder als eine gesetzliche verbindliche Vorschrift gelten kann, als es in Kraft eines Gesetzes nicht promulgirt worden, zu dem ist hierin selbst nur von den Privatverhältnissen, zwischen Grundherr und Grundholden die Rede, welche nicht mehr nach frühern Provinzialverfassungen, sondern in Hinsicht ihrer Eigenthums und grundherrlichen Rechte, ohne Rücksicht auf Jurisdiction nach dem Herkommen beurtheilt werden sollen.

§ 5.

Der eventuele Antrag des Appellanten endlich auf Erholung einer authentischen Erläuterung des § 114. im Edicte VI. stellet sich um so mehr als ungeeignet dar, als die gesetzgebende Gewalt bei Entscheidung eines vorhergängigen Rechtsstreites unter keiner Voraussetzung einschreiten darf, und eine authentische Interprätation nur zur Hebung eines obwaltenden Zweifels in Thesi und nur für die Zukunft statt findet, Cod. civ. P. I. cap. 1. § 9. nr. 3.

München, am 19. Juli 1833.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Frhr. v. Welden, Präsident.

Secr. Fränkl.

11.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Bestimmung der 4 Stunden, über welche hin, aus Hintersassen vom Patrimonialgr.-Sitze nicht entfernt seyn dürfen.

Erkennen in der Klagsache des kön. Fiscus, gegen den erblichen Hrn. Reichsrath Grafen von P., die Gerichtsbarkeit über 4 Grundholden zu St. und H. betreffend zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellations-Gerichts für den U.-D.-Kreis vom 19. August 1831 in der Art:

Der königl. Fiscus habe zu beweisen, daß die in der Klage genaunten 4 Grundholden zu St. u. H. weiter als vier — nach dem gewöhnlichen Zeitmaaße, und nach den Schritten gewöhnlicher Fußgänger berechnete Gehstunden auf dem gewöhnlichen zu

jeder Zeit gangbare Gehwege von dem Sitze des Patrimonialgerichts M. entfernt seyen.

Gründe.

1. Wenn schon nach den Noten zu dem b. Landrechte Th. I. cap. 1. § 10. bei der doctrinelen Auslegung des Gesetzes auf die ältern Verordnungen und Gesetze zurückgegangen werden darf, und wenn auch in den organischen Edicten über die Patrimonialgerichtsbarkeit vom 8. Sept. 1808 § 4., dann über die Gerichtsbarkeit vom 16. Aug. 1812, § 20. die weiteste Entfernung des Gerichtsholden von dem Gerichtssitze auf 4 geometrische, oder bayerische Straßenstunden bestimmt worden ist, so kann doch diese Bestimmung bei Anwendung des § 29. des constitutionelen Edicts vom 26. Mai 1818 Beilage VI. zur Verf.-Urk. nicht als Norm dienen.

2. Denn nach den Edicten von 1808 und 1812 konnte die gutsherrliche Gerichtsbarkeit zur Erzielung einer damals beabsichteten Purification der Gerichtsbezirke allein ohne die Grundherrschaft durch Kauf, Tausch, oder Fundation erworben, jedoch nur in geschlossenen Bezirken ausgeübet werden. Durch das Edict von 1818 § 28. wurde jedoch die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auf die eigenen Grundholden des Gutsherrn beschränkt, und § 37 uud 38. die in Gemäßheit der Edicte von 1808 und 1812 durch Tausch oder Kauf erworbene Gerichtsbarkeit über fremde Grundholden, und damit auch die geschehene Purification der Gerichtsbezirke wieder aufgehoben, dagegen aber auch § 29. das Erfoderniß der Geschlossenheit eines gutsherrlichen Bezirkes ausdrücklich nachgelassen.

3. Bei geschlossenen Gerichtsbezirken konnte aber schon an und für sich die geringere Entfernung von 4 geometrischen — statt vier Zeitstunden als bei ungeschlossenen Bezirken, und bei einer lediglich auf die oft sehr zerstreut liegenden Grundholden beschränkten Gerichtsbarkeit gefodert werden.

Die Edicte von 1808 und 1812 sind daher zur Erläuterung des Edicts von 1818 § 29. um so weniger dienlich, als durch dieses mit gänzlicher Abänderung der Edicte von 1808

und 1812 das Recht der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit § 27 ausdrücklich auf den Stand des Jahres 1806 zurückgebracht worden ist.

4. Vor und in diesem Normaljahre 1806 bis 1808 war aber niemals verordnet, daß kein Gerichtshold über 4 geometrische Stunden vom Gerichtssitze entfernt seyn soll, sondern vielmehr die deßfallsige weite Entfernung auf 3 Meilen festgesetzt. B. v. Kreittmayer Staats-Recht § 159 und Verordn. vom 6. Juni 1807 § 19. die Patrimonialgerichtsbarkeit in Bayern betreffend.

5. Diesem allem nach muß die in dem § 26. des Edicts von 1818 bestimmte vierstündige Entfernung nach dem Geiste und wahren Zwecke des erwähnten Edicts selbst bemessen werden; dieser bestehet nun offenbar darin, daß ein Gerichtshold nicht weiter von dem Gerichtssitze entfernt seyn soll, als daß er in einem Tage bequem hin- und hergehen, und sein Gerichtsgeschäft besorgen lassen kann, was ihm bei einer Entfernung von 4 Zeitstunden wohl möglich ist.

Wenn auch den Staatsdienern die Umzugsgebühren, und den Mitgliedern der Kammer der Abgeordneten die Reise- und Zehrungskosten nach geographischen Meilen berechnet werden, ungeachtet in der Verordn. vom 16. Aug. 1817 über Umzugsgebühren, und in dem Nr. 9. Titl. I. des Const.-Ed. X. diese Berechnungsart nicht vorgeschrieben ist, so kann sie doch deßhalb hier keine Anwendung finden, da der Gerichtshold nicht gleich einem Reisenden nach geometrischen, geographischen oder Strassenstunden, sondern nach der Zeit rechnet, deren er bedarf, um auf dem kürzesten Wege zu Gericht zu gehen.

6. Endlich wurden von der allerhöchsten Stelle selbst bereits am 12. Oct. 1826, und 7. April 1827 der § 29. des constitutionellen Edicts VI. dahin interpretirt, daß die 4 stündige Entfernung nach dem gewöhnlichen Zeitmaaße, und sohin eine geographische Stunde für 3/4 Theile einer Zeitstunde zu rechnen sey, welche Interpretation, als ganz dem Sinne und Geiste des Gesetzes entsprechend, daher der kön. Fiscus jedenfalls gegen sich gelten lassen muß.

7. Da jedoch derselbe in der Replik behauptet hatte, daß der von dem Beklagten beschriebene, von der Straße abweichende Weg durch einen theilweise geschlossenen Park führe, und von Gruben und Moos durchschnitten, sohin nicht zu jeder Zeit gangbar sey, und da ferner die in dem § 29. des Edicts von 1818 enthaltene Zeitbestimmung für jeden Gerichtsholden ohne Unterschied des Alters und Geschlechtes gegeben ist, so mußte die dem königl. Fiscus im vorigen Jahre gemachte Beweisauflage, seinem eventuelen Berufungs-Antrage entsprechend, wie geschehen, modificirt werden.

Kosten ꝛc.

München, am 13. Aug. 1833.

12.

Grundherrlicher Consens.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Bauern F. S. zu G. wider den Handelsmann A. K. zu G. die Erfüllung eines Gutskaufsvertrags betreffend zu Recht, und belassen es bei dem Erkenntniße des Landgerichts P. vom 20. December 1819.

Entscheidungs-Gründe.

Der Kläger ist von dem kön. Appellationsgerichte des Isarkreises unterm 9. September 1819 mit seiner Klage auf Erfüllung des angeblichen Kauf- und Tauschvertrages aus dem Grunde angebrachtermassen abgewiesen worden, weil er in derselben von der Erhaltung der grundherrlichen Einwilligung nichts bemerkt hatte, und es wurde in den Entscheidungsgründen besonders angeführt, daß ihm wegen dieser Unterlassung auch kein sich auf die grundherrliche Einwilligung beziehender Beweis könne aufgetragen werden.

Nun hat aber der Kläger unterm 2. October 1819 zwar keine unbedingte Einwilligung des kön. Rentamts Pfaffenhofen, als Grundherrschaft in dem angeblichen Vertrage beigebracht, seine früher zurückgewiesene Klage jedoch dadurch ergänzt, daß er sich auf den schon ertheilten oder noch zu ertheilenden grundherrlichen Consens berief, und es erhellet nicht aus den Acten, daß ihm diese grundherrliche Einwilligung unbedingt schon sei abgeschlagen worden.

Da der Beklagte auf die Erfüllung des angeblichen Kauf- und Tauschvertrags ohne Zweifel belangt werden kann, wie die beiderseitige Einwilligung wirklich vorhanden war, und die bei Abschließung desselben vorbehaltene grundherrliche Genehmigung erfolgt: so hat die erste Instanz dem Kläger den Beweis dieser beiden Puncte, auf welche die ergänzte Klage gegründet ist, mit Recht aufgetragen und es mußte bei diesem Erkenntnisse belassen werden.

München, den 6. September 1820.

13.

Vom königlichen Landgerichte P.

Die Veräußerung eines grundbaren Gutes ohne Consens des Grundherrn ist nichtig, und begründet einen Regreßanspruch zwischen den contrahirenden Theilen.

Wird in der Intervensionssache des kön. Kreisfiscalats gegen den Grundholden Wolfgang K., Bauer in D., und Jakob W., Glaser zu P. wegen Gutszertrümmerung auf das höchste königl. Appellationsgerichts-Erkenntniß des Regenkreises vom 27. December 1819, publ. 21. Jänner 1820, und gemachten Amtsvortrage hiemit definitive zu Recht erkannt, daß die vom K. und W. ohne grundherrlichen Consens vorgenommene Gutszertrümmerung nichtig, sohin K. wieder in den Besitz der verkauften Grundstücke zu setzen, jedoch den Käufern der Grundstücke ihr Regreß an die Alienanten W. und K., so wie der Regreß dieser Beiden unter sich selbst vorbehalten bleibe.

Die Kosten haben die Alienanten W. und K. allein zu tragen. —

Entscheidungs-Gründe.

1. L. und W. hatten einen Gutszertrümmerungs-Vertrag abgeschlossen, über deren Inhalt sie in Streit geriethen. —

Inzwischen intervenirte das kön. Kreisfiscalat, und drang auf Nullität des Vertrages, weil der grundherrliche Cönsens zur Zertrümmerung oder Veräußerung nicht nachgesucht war, gleichwohl aber schon der halbe Hof in fremden Händen verkauft sich befand. —

Diese Nullität des Vertrags hat auch seinen Grund in der Vernachlässigung des grundherrlichen Consenses.

Cod. civ. P. 4. cap. 7. § 12. nro. 9.

2. Solche Umstände, welche die Erhaltung des grundherrlichen Consenses unnöthig machen, sind nicht vorhanden, denn eine Nothveräußerung im Gantwege ist nicht gegeben, und der Consens wurde weder abgeschlagen, noch verzögert, sondern lediglich gar nicht nachgesucht.

loc. cit. nro. 6 et 7.

3. Wenn auch die Veräußerung der L.'schen Grundstücke von W. geschehen ist, und dieser von L. wirklich nicht über das Erbrecht des Guts verständiget worden, so ist dieß eine **res inter alios acta**, welche dem Intervenienten oder dem kön. Kreisfiscalate als Grundherr nicht präjudiciren, sondern höchstens Ansprüche zwischen L. und W. geben kann. —

4. Da die Nullität des Zertrümmerungsvertrages den Besitz der verkauften Grundstücke von Seite des Grundholden L. wieder nöthig macht, so sind die Gründe-Käufer und der Contrahent W., oder dessen Erben in Schaden versetzt, worüber ihnen der Regreß an die Alienanten hinsichtlich ihrer Kaufschillinge, so anderen Ansprüchen oder Schuldenzahlung vorbehalten bleibt.

loco eit. nro. 14.

5. Daß einige Grundstücke bereits verkauft sind, sohin **res non amplius integra** ist, hindert den Effect der vernachlässigten Consens-Erholung, oder die Nullität des Vertrags und den Wiederbesitz der Grundstücke von Seite des Grund-

holden K., gegen Vorbehalt der Regreß-Klagen aller Beschädigten gegen K. physisch und juridisch nicht. —

6. Durch die Vernachlässigung der grundherrlichen Consenserholung wäre nebst der Nullität des Veräußerungsvertrages, auch die Caducität des veräußerten Erbrechts nach loco cit. nro. 10 et 11. gegeben; allein da selbe weder vom intervenirenden Grundherrn angesprochen wurde, noch Dolus bei der Veräußerung obgewaltet hat, so ist auch hierauf nicht zu erkennen. —

Cod. jud. cap. 4. § 8. princip.

Cod. civ. loco cit. § 18. in fine.

7. Was die Kosten belangt, so haben selbe die Alienanten und Contrahenten K. und W., welche sie veranlaßt haben, und unterlegen sind, zu bezahlen.

Conclusum den 10. December 1820.

Königliches Landgericht P.

14.

Erkenntniß.

Das königl. b. Appellationsgericht für den *** Kreis erkennet in der Berufungssache der Glaser Jakob W.'schen Wittwe für sich und ihre Kinder in P. contra Wolfgang K., Gütler in D., resp. den königl. Fiscus wegen Vernichtung eines Gutskaufes zu Recht, und bestättiget das vom königl. Landgerichte P. am 10. September gefällte, und am 10. October v. Js. publicirte Erkenntniß in genannter Streitsache aus den daselbst angeführten Entscheidungsgründen von Nro. 1 bis 5 inclus. et 7. jedoch mit Hinweglassung des sub Nro. 6. bemerkten Beisatzes.

Kosten II^dae werden compensirt.

Den 14. August 1821.

15.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen Jakob W., Glasermeister zu P., dermal dessen Relicten gegen Wolfgang L., Bauern zu D., resp. gegen den kön. Fiscus wegen Gutszertrümmerung zu Recht, und bestättigen das vom kön. Appellationsgerichte des Regenkreises am 14. August 1821 gefällte, und am 1. September eröffnete Erkenntniß aus den demselben beigefügten Entscheidungsgründen.

München, den 26. April 1822.

16.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Das königl. bayer. Appell.-Gericht des Isar-Kreises.

Die Veräußerung ein. grundbaren Gutes ohne Einwilligung des Grundherrn ist rechtsungiltig.

Erkennet hiemit in Berufungssachen des Thomas B., gewesenen Riedlmüllers in G., gegen Wilhelm S. von St., Mathias R. von F. und Felix B. von A., wegen eines Mühlkaufes zu Recht:

Daß Thomas B. von der Klage des Wilhelm S. und 2 Consorten, hiemit entbunden sey.

Sämmtliche in erster und zweiter Instanz erlaufenen Proceßkosten werden compensirt.

Gründe.

1) Abgesehen davon, ob und in wie ferne durch den von beiden Theilen anticipirten Beweis und Gegenbeweis, dargethan sey, daß, und wie B. das vormals A.'sche Riedlmühl-Anwesen, einschlüssig des Point-Ackers — nicht unmittelbar von A., sondern von S. und Consorten erkauft, und was er an dem bedungenen Kaufschillinge bereits bezahlt habe —

steht jedenfalls in den Acten fest, und ist von den streitenden Theilen unwidersprochen, daß gedachte Realitäten zum kön. Rentamte P. freistiftbar seyen.

Eben so steht fest, und ist unwidersprochen, daß zu einem Verkaufe derselben von A. an S. und Consorten, dann von diesem an B. kein grundherrlicher Consens nachgesucht, und ertheilt wurde, sondern daß die Grundherrschaft lediglich in den unmittelbaren Verkauf von A. an B. consentirt habe, und in den behaupteten Zwischenverkauf nicht consentire.

2. Nun ist aber nach

Cod. civ. P. 4. cap. 7. § 12. Nro. 2. und 9.

die Veräußerung eines grundbaren Gutes von dem Grundholden ohne grundherrliche Einwilligung ganz kraftlos, gilt nicht einmal, wie nach

Cod. civ. P. 4. cap. 4. § 2. a. 1. in notis.

Verkäufe fremder Sachen unter den Contrahenten, begründet daher wegen absoluter Nichtigkeit als Strafe, gar kein Klagerecht, und es mußte folglich auf den vorliegenden Mangel des grundherrlichen Consenses von Amtswegen Bedacht genommen, und die dießfallsige Einrede als nicht bloß de jure tertii nach

Cod. jud. cap. 6. § 9.

supplirt werden.

3. Übrigens kann hier von einer rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Verweigerung des grundherrlichen Consenses ohnehin keine Rede seyn, da solcher nie nachgesucht wurde, und auch nie hätte ertheilt werden können, nach dem der Grundherr schon einmal in die unmittelbare Veräußerung von A. an B. consentirt gehabt hatte.

Eben so wenig läßt sich der auf einen bestimmten Käufer lautende grundherrliche Consens ohne weiters auch auf einen andern, und auf eine ganz andere Veräußerung beziehen, und annehmen, daß der Grundherr durch seine Consentirung in den Mühlverkauf von A. an B. überhaupt in jede andere Veräußerung eingewilliget habe.

Den 7. Juni 1822.

17.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen Wilhelm S., Wirths zu St. und Consorten gegen Thomas B., Riedenmüllers zu G., Kaufschillings-Foderung betr. zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellations-Gerichts für den Isar-Kreis vom 7. und eröffnet 25. Juni l. J.

Die Kosten aller Instanzen werden compensirt, und die Revidenten in eine Succumbenztaxe von 6 Thaler verurtheilt.

Gründe.

5. Wenn auch vollständig erwiesen wäre, daß die Kläger mit dem Beklagten einen Kauf abgeschlossen hätten, so würde doch derselbe, gemäß des bayerischen Landrechts Th. IV. cap. 7. § 12. Nr. 2. und 9. wegen mangelnden grundherrlichen Consenses nichtig seyn, indem der kön. Fiscus als Grundherr nicht in diesen angeblichen Kauf, sondern nur in den zwischen den A.'schen Eheleuten und den Thomas B. abgeschlossenen Kaufscontract seine Einwilligung ertheilt hat, und auch von den Klägern geständlich niemals um dieselbe angegangen worden ist.

Die Einrede des mangelnden grundherrlichen Consenses konnte in Gemäßheit der Gerichtsordnung cap. VI. § 5 und § 9 um so mehr ex officio ergänzt werden, als sie sich mit allen gesetzlichen Erfodernissen, ohne daß es weitere Beweise bedürfte, aus den Acten ergibt, und als dadurch auf Seiten der Kläger das zur Zeit gewählte Klagfundament gänzlich zerstört wird. Die Kläger haben nämlich als Klagegrund angegeben, daß sie als Eigenthümer des fraglichen Mühlanwesens dasselbe an den Thomas B. verkauft hätten, und dieser ihnen noch 1030 fl. und mit Inbegriff der damals noch nicht verfallenen Fristen 1180 fl. am Kaufschillinge schuldig sey. Mit dieser Klage mußten sie abgewiesen werden, weil

sie nicht nachweisen konnten, daß sie das fragliche Anwesen von A. erkauft, und an B. verkauft haben, und weil, wenn dieß auch der Fall wäre, diese Contracte wegen Mangel des grundherrlichen Consenses nichtig seyn würden.

Damit ist aber noch nicht ausgesprochen, daß die Kläger nicht als Cessionarien der A.'schen Erben von Thomas B. jenen Kaufschillingsrest fodern können, welchen er zum Theil selbst aus den mit den A.'schen Eheleuten abgeschlossenen Verträgen schuldig zu seyn bekennt, und der nach der Behauptung der Kläger sich noch höher, als zugestanden wird, belaufen soll.

Da aber in dieser Beziehung der wirklich angestellten Klage ein anderes Klagsfundament um so weniger untergestellt werden kann, als in dem Kaufscontracte vom 20. Juni 1816 eine andere etwas geringere Kaufssumme, als in der Klage angegeben ist, so mußten die Kläger mit der wirklichen angestellten Klage abgewiesen werden, indem es ihnen übrigens unbenommen bleibt, in ihrer Eigenschaft als Cessionarien ihre vermeintlichen Ansprüche mit einer neuen Klage geltend zu machen.

Aus diesen Gründen mußte daher so, wie geschehen, erkannt werden.

München, den 5. Dec. 1822.

18.

Erkenntniß.

Das Possessorium sumarissimum greift in jurisdictionalibus et regalibus nicht Platz.

Das kön. Appellationsgericht für den Regen-Kreis erkennt in Berufungssachen des Joh. P. zu K., und 44 Streitgenossen als Grund- und Jurisdictions-Holden des Jakob von S. zu K., Beklagten und Appellanten, an einem gegen Beklagten Jakob von S., Klägern und Appellanten

am anderen Theile wegen Verweigerung so betitelter Michaelis- und Walburgis-Zinse reformando sent. I^mae ddo. 14. Mai et publ. 30. Juni 1816 zu Recht:

„Jakob von S. sey im jüngsten Besitze dieser in Ansehung der Grundholden noch gegenwärtig als Steuern zu betrachtenden Reichnisse an so genannten Walburgis- und Michaelis-Zinsen keineswegs zu schützen, sondern vielmehr schuldig, die seit dem Anfange der neuen Besteuerung nämlich seit 1807 eingehobenen derlei Abgaben den Grundholden rückzuvergüten, wogegen ihm der Regreß wegen des dadurch zu erleidenden Schadens contra quemcunque offen belassen seyn soll.“ Compensatis expensis.

Entscheidungs-Gründe.

Jakob von S. und vor ihm schon seine Mutter, die Landrichters-Wittwe Therese von G. haben gegen ihre Grundholden in possessorio momentaneo auf Verabreichung gewisser von besagten Grnndholden bis zum Jahre 1813 unter dem Namen Walburgis- und Michaelis-Zinsen geleisteter Abgaben geklagt.

Die beklagten Grund- und Zinsholden haben nirgends widersprochen, und somit auch zugestanden, daß sie diese so betitelten Michaelis- und Walburgis-Zinsen bis zum Jahre 1812 bezahlt haben, und sie fingen erst im Jahre 1813 an, die Zahlung derselben zu verweigern, wo sodann Therese von G. nämlich sub praes. 23. December 1813 ihre Ansprüche sogleich gerichtlich geltend machte; daß also Therese von G., und nachher Jakob von S. im jüngsten Besitze dieser befraglichen Abgaben seyen, resp. im Besitze derselben bis zum Jahre 1812 gewesen seyen, unterliegt keinem Zweifel.

Cod. civ. P. II. cap. V. § 1.

Cod. jud. cap. 3. § 5. in princ. et in not. lit. a.

Allein die beklagten Grundholden haben dieser Klage und dem behaupteten Besitzstande die petitorische Einrede entgegengesetzt, daß diese Abgaben Steuern seyen, und daß daher von einem jüngsten Besitze oder vom Possessorium mo-

mentaneum keine Rede seyn könne, und da sie diese Einrede in continenti auch liquidirten, so mußte dieselbe auch berücksichtiget, und konnte sofort von S. in dem angesprochenen jüngsten Besitze auch nicht geschützt werden.

Richtig ist es einmal, daß durch die von den Grundholden, als von dem Grundherrn sowohl in seiner Nebenverantwortung, als schon früher in erster Instanz beigebrachten Documente, die er eben so gut gegen sich gelten lassen muß, als er sie für sich gebrauchen wollte, in continenti liquidirt und dargethan worden ist, daß die in Frage stehenden sogenannten Michaelis- und Walburgis-Zinsen, und zwar wenigstens in so lange Steuern waren, als das Gut K. die Fürsten von Sulzbach besassen, und daß dieselben erst dann in grundherrliche Abgaben, nämlich in Walburgis- und Michaelis-Zinsen verwandelt wurden, als dieses Gut im Jahre 1736 durch Verkauf an den Bürgermeister S. in A. überging.

Alles dieses ist nicht widersprochen worden, ist außerdem durch die zur Vorlage gebrachten Urkunden, gegen welche wieder Nichts eingewendet wurde, hergestellt, und sofort in continenti liquidirt,

Cod. jud. cap. 11. § 2. in princ. Nro 1.

Cod. jud. cap. 12. § 1., weßhalb auch auf die petitorische Einrede, daß die befraglichen Reichnisse Steuern waren, auch dermal noch Rücksicht genommen werden kann, und genommen werden muß.

Cod. jud. cap. 3. § 5. Nro. 8. et in not. lit. h. Wenn es nun richtig ist, daß diese Reichnisse ursprünglich Steuern waren, so kann es sich nur fragen, ob diese ursprünglichen Steuern durch den Contract zwischen dem verkaufenden Landesherrn und Bürgermeister S., dem Vorfahrer der Landrichterswittwe von G. und des Jakob von S. in Walburgis- und Michaelis-Zinsen, also in grundherrliche Abgaben rechtlich verwandelt werden konnten, und ob diese Verwandelung resp. dieser Contract auch die Wirkung haben kann, daß diese Gefälle auch in Ansehung der Grundholden als grundherrliche Gefälle zu betrachten, dieselben daher schuldig

seyen, diese zu reichen, und demnach von S. im Besitze derselben zu schützen sey.

So richtig es nun einerseits seyn mag, daß die verkaufende Landesherrschaft die ursprünglichen Steuern unter dem Namen grundherrlicher Reichnisse an den Käufer S. überlassen, und daher S. und so fort auch Jak. von S. dieselben in dieser Eigenschaft für sich erwerben konnte, daß also zwischen dem besagten Landesherrn und S. geschlossene Vertrag für diese beiden Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen konnte, und auch wirklich erzeugt hat, so ist es andererseits doch eben so richtig, daß dieser Contract und die in demselben zwischen obbenannten beiden Contrahenten gepflogene Umwandlung der Steuern in grundherrliche Reichnisse, nämlich in Walburgis- und Michaelis-Zinse, in Ansehung der Grundholden keine Verbindlichkeit erzeugen konnte, in Folge deren auch in Ansehung dieser diese Veränderung als rechtsbeständig in der Art betrachtet werden müßte, daß auch sie diese Reichnisse nunmehr als grundherrliche zu betrachten gezwungen, und daher schuldig seyen, sie als solche zu reichen, Jakob von S. sofort in dieser Beziehung in possessorio momentaneo geschützt werden müßte.

Jeder Vertrag erzeugt lediglich zwischen den Contrahenten Rechte und Verbindlichkeiten, in Ansehung Dritter, nicht Mitcontrahenten, ist er ohne Wirksamkeit; am allerwenigsten sind Dritte schuldig, unter einem zwischen Anderen geschlossenen Contracte zu leiden. Da nun aber die Grundholden hier unter diesem Vertrag, wenn er für sie als verbindlich erklärt werden würde, offenbar leiden würden, weil die Grundholden seit Einführung der neuen Besteuerung neben der neuen Steuer auch die alte unter dem Namen Walburgis- und Michaelis-Zinse, sohin eine doppelte Steuer bezahlen müßten, so ist es offenbar, daß dieser Vertrag den Unterthanen nicht präjudiciren könne, und zwar um da weniger, als nicht angenommen werden kann, daß der verkaufende Landesherr beim Verkaufe der Grundholden eine neue Last auflegen wollte, welches er auch schon gar nicht konnte.

Wenn nun aber dieser zwischen dem verkaufenden Landesherrn und S. abgeschlossene Vertrag den Hintersassen zu keinem Präjudice gereichen kann, so folgt, da die befraglichen Giebigkeiten in Ansehung der Grundholden noch immer Steuern sind, daß Jakob von S. im Besitze derselben nicht geschützt werden könne. Denn nach Lehre

Cod. jud. cap. 3. § 5. Nro. 1. in not. ad h. 5. lit. b. greift in jurisdictionalibus et regalibus, unter welch Letzteren offenbar auch Steuern begriffen sind, das Possessorium momentaneum nicht Platz, weil die Präsumtion, welche Princeps vel Fiscus hierinfalls für sich hat, zu stark ist, von S. aber in seiner Klage sich ausdrücklich nur auf das Possessorium momentaneum laut ausdrücklicher Erklärung beschränkt hat.

Zwar gilt dieses nur für den Fall, wenn man es mit dem Fiscus selbst zu thun hat, wie die besagte Stelle beweiset; es dürfte daher scheinen, daß dieselbe hier nicht anschlage, weil hier nur von S. und seine Hintersassen streiten; allein v. S. hat es hier wirklich mit dem Fiscus zu thun, indem dieser während des Streites aufgetreten ist, und die Partei der Grundholden genommen hat, und daß man es eben unmittelbar und directe mit Fisco zu thun haben müsse, wenn diese Gesetzes-Stelle anschlagen solle, ist keineswegs nöthig.

Auch lassen nach der allegirten Gesetzes-Stelle Sachen, worin man ausdrückliches Verbot oder Resistentiam juris gegen sich hat, durchaus kein Possessorium summariissimum zu.

Da nun Steuern nach den constitutionelen Gesetzen als reine Majestäts-Rechte nie im Besitze von Privaten seyn können, so kann auch Jakob v. S. in possessorio summariissimo rücksichtlich dieser streitigen Reichnisse nicht geschützt werden.

Zwar möchte es scheinen, die Grundholden hätten in die Verwandelung der ursprünglichen Steuern in Walburgis- und Michaelis-Zinsen eingewilliget, und wären sofort dieselben *ex contractu* schuldig, weil ihnen, wie aus den von ihnen producirten Kaufbriefen hervorgeht, jedesmal die Verbindlich-

keit aufgelegt wurde, statt der ehemaligen Steuer diese Walburgis- und Michaelis-Zinsen zu verreichen; allein abgesehen davon, daß dieses aus dem Grunde Nichts zu bedeuten hat, weil es den Grundholden dortmals gleichgiltig seyn konnte, ob und unter welchem Namen sie diese Reichnisse zahlten, weil sie dortmals keine andere Steuer zahlen durften, welches sich aber bei Einführung des neuen Steuer-Provisoriums geändert hat, so kann hieraus für dieselben auch schon darum kein Nachtheil entstehen, weil diese Umwandlung nicht im Conterte der Unterthan-Briefe, sondern bloß am Ende bei der obrigkeitlichen Ratification eingeflossen ist, und daher nicht als Einwilligung der Unterthanen betrachtet werden kann, sondern eine einseitige Handlung der Grund-Herrschaft ist, welche als Jurisdictions-Herrschaft diese Briefe errichtete.

Da nun, wie aus diesem Allen mit vollkommenster Gewißheit hervorgeht, die von S.'schen Grundholden ihre petitorische Einrede, daß die befraglichen Abgaben Steuern waren, und respectu ihrer noch dato als Steuern zu betrachten seyen, in continenti dargethan haben, und da bei Steuern das Possessorium summariissimum nicht anschlägt, so konnte Jakob von S. in dem Besitze dieser Reichnisse auch nicht geschützt, sondern mußte vielmehr, wie geschehen, zur Zurückzahlung der seit Einführung der neuen Besteuerung indebite bezahlten Beträge verurtheilt werden.

Übrigens mag sich die Guts-Herrschaft wegen hiedurch ihr allenfalls zugehenden Schadens an den Fiscus als Gebkäufer halten, indem sie gegen selben eines Theiles auf eine proportionirliche Rückvergütung des Kauf-Schillinges dringen mag, da ihr diese Reichnisse als grundherrliche Abgaben mit verkauft wurden, und also dieselben bei Bestimmung des Kauf-Schillinges wahrscheinlich mit in Anschlag genommen worden sind, weßhalb dermal, da sie nun wegfallen, das Gut immer am Werthe verliert, und indem sie die Guts-Herrschaft anderen Theils auch fodern kann, daß die auf das Gut gelegten Steuern in so ferne gemindert werden, als bei Regulirung derselben diese sogenannten Walburgis- und Michaelis-Zinsen mit in Anschlag gebracht worden sind. Es mußte

daher auch der Regreß, wie geschehen, dem von S. vorbehalten bleiben.

Da übrigens kein Theil als muthwillig streitend angesehen werden kann, indem die Sache auf jeden Fall zweifelhaft war, so rechtfertiget sich auch die Compensation der Kosten.

Überall war daher, wie geschehen, zu erkennen.

Amberg, den 26. Juni 1818.

19.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Jakob von S. auf K. gegen Johann P. und Streitgenossen daselbst wegen Verweigerung grundherrlicher Reichnisse zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellations-Gerichtes für den Regen-Kreis vom 26. Juni 1818 aus den denselben nachgesetzten Entscheidungs-Gründen.

München, den 6. Febr. 1819.

20.

über

possessorium momentaneum et plenarium.

Das Kön. Appellations-Gericht des Regen-Kreises.

Hat sich in Streitsachen des Gutsbesitzers Titl. Mich. v. S. umständlichen Vortrag machen lassen, und erkennt auf den Grund der geschlossenen Acten:

daß Mich. v. G. mit seiner erhobenen Besitzstandsklage ob, und zur petitorischen Ausführung seines behaupteten Rechts der Hundshaber-Beziehung zu verweisen, übrigens aber die Streitskosten zu tragen verbunden sey.

Gründe.

Das bürgerliche Gesetzbuch erklärt **P. II. cap. 11. § 3. Nr. 4.** und in den Anmerkungen **nr. 3. lit. b.** das den Unterthanen obliegende Hundehalten oder den in den spätern Zeiten dem Jagdinhaber zum Surrogat gegebenen Hundshaber für eine Jagdfrohne, die Jagd selbst aber für einen Ausfluß aus der Gerichtsbarkeit.

Dieser hier zur statutargesetzlichen Bestimmung erhobene Begriff, dem zu Folge die Jagdbarkeit als ein aus der Landes-Hoheit, oder nach der vaterländischen Rechtstheorie, als eine aus der Gerichtsbarkeit hervortretende Befugniß erkannt wird, ist zugleich tief in der deutschen Geschichte und dem deutschen Privatrechte begründet.

Bergius Kammer.- und Polizei-Mag. B. 5. S. 179 § 2 ꝛc.

Gertius in dissert. de superterrit § 49.

Thomasius „de regal. fisci principum Germaniae cap. 2 § 2.

Daß das Recht der Hundshaber-Beziehung als Surrogat für das ehemalige Hundehalten nur aus dem Jagdrechte abgeleitet werden müsse, bestimmen eben diese Schriftsteller und mehrere Verordnungen in größern und kleinern Staaten.

Bergius l. c. S. 53. § 1. u. 3. nro. 10.

Krüniz in seiner Encyclop. B. 14. S. 613.

Sobald nun dem Mich. von G. die Gerichtsbarkeit und das derselben anklebende Jagdrecht von dem Landesherrn eingezogen wurde, wie er in seinen Schriftsätzen selbst eingesteht, daß dieß gemäß allerh. Rescriptes vom 25. Juni 1807 geschehen sey, so war in demselben Augenblicke der Verlurst des Hundshaber für ihn eine ganz untrennbare und unvermeidliche Folge. **Accessorium sequitur suum principale.**

Ungeachtet dessen sucht aber Mich. v. G. den Fortgenuß des Hundshabers, dessen fernere Beziehung ihm von der einschlägigen Stelle inhibirt wurde, durch seine possessorische Klage zu retten, indem er behauptet, daß derselbe in vorliegendem Falle kein von dem verlornen Jagdrechte ausgehendes, sondern ein grundherrliches Gefäll sey.

Ob seine Klage bloß den Momentanbesitz, oder das poss. plenar. verfolge, ist ungewiß, weil, obwohl das Klagpetitum auf erstern lautet, gleichwohl der erste Weisungssatz auf einen 10 — 30jährigen Besitzstand gerichtet ist.

Allein abgesehen davon, so schlägt weder der Momentan- noch der Plenarbesitz mit Erfolg hier an.

Nicht ersterer, denn die Finanzdir.-Entschließung vom 16. Jän. 1814 bestreitet ihm erstens den vorgängigen Besitz gar nicht, und zweitens waltet weder Gefahr auf dem Verzuge ob, noch ist eine Gewalt zu besorgen.

Es fehlen also nach dem Gesetze ganz wesentliche Bedingungen, unter deren Voraussetzung der Richter auf den Momentanbesitz erkennen könnte — nämlich Gefahr beim Verzuge, oder Zweifelhaftigkeit des vorgängigen Besitzstandes.

Cod. jud. cap. 3. § 5. nr. 2. in not. lit. c.

Hiezu tritt drittens auch noch der weitere Grund, daß es sich hier mit dem kön. Fiscus um ein Gefäll der Landes-Hoheit streitet, in welchem Falle das Gesetz die momentan-possessorische Klage ausdrücklich als wirkungslos erklärt.

Cod. jud. loc. cit. N. 1. in not. lit. b.

Aber auch die plenar-possessorische Klage kann hier nicht statt haben; denn da, wie oben bemerkt wurde, ein Landeshoheitsgefäll der Streitgegenstand mit dem kön. Fiscus selbst ist, so hat er nach dem Gesetze nicht nur eine weit stärkere Vermuthung, sondern sogar resistentiam legis gegen sich und es liegt offenbar der gesetzlich bestimmte Fall vor, daß M. v. G. bei der actenmäßigen, auf positive Gesetze gestützten Behauptung der kön. Finanzstelle, daß der fragliche Hundshaber ein landesherrliches und keineswegs ein grundherrliches Gefäll sey, die Verbindlichkeit auf sich habe, den Rechtstitel der Hundshaber-Beziehung entweder aus dem behaupteten

grundherrlichen Verbande, oder aus was immer für einem andern mit dem landesherrlichen Verhältnisse nicht coinzidirenden Grund zu offenbaren und zu beweisen.

Cod. jud. cap. 3. § 4. nr. 2. not. lit. c.

Cod. civ. p. II. cap. 5. § 8. nr. 4. not. nr. 3. lit. b.

Der der Einziehung der Gerichtsbarkeit und des Jagd-Rechtes vorausgegangene Besitzstand gibt im vorgelegten Falle keinen rechtlichen Grund, aus welchem die Fortdauer desselben, oder was eins ist, die Wiedereinsetzung in den Genuß des Hundshabers ex edicto gefodert werden kann, weil er sonst ex identitate rationis auch befugt seyn müßte, die verlorne Gerichtsbarkeit und das Jagdrecht gleichfalls zu vindiziren, was doch offenbar zur Absurdität des Satzes hinüber führen würde, daß der Landesherr ein usurpirtes oder auch aus Gnaden verliehenes Hoheitsrecht cum annexis einzuziehen, und cum dominio alto von dem eigentlich die Hoheitsrechte unveräußerliche Ausflüsse sind, wieder zu vereinigen, nicht befugt sey.

Zwar behauptet v. G., daß bei seinem Landgute der Hundshaber kein aus dem Jagdrechte hervortretendes, sondern ein auf einem ursprünglichen Vertrage beruhendes grundherrliches Gefäll, vielmehr in casu specifico eine zu dem Gute B. erst in der Folgezeit hinzugekommene Servitut sey, und unterstützt diese Behauptung durch die Anführung, daß

a) das Hundshaber-Reichniß bei ihm unter der Rubrik der grundherrlichen Leistungen erscheine, daß

b) die Unterthanen, welche denselben geben, ursprünglich Hintersassen des Landguts M. gewesen, und durch Heurath an jenes zu B. gekommen; daß

c) der Hundshaber nicht ein absolut beschränktes Gefäll des Jagdrechtes seyn müsse, sondern daß er auch von einem bloßen Geding zwischen Grundherrn und Grundholden ausgehen könne; endlich daß

d) die staatsherrliche Verfassung der altbayerischen Landsassen, bei denen allenfalls der Hundshaber für ein Gefäll aus dem Jagdrechte anzusehen seyn möchte, auf die oberpfälzischen Landsassen nicht anwendbar, wenig-

stens durch kein Gesetz als anwendbar ausgesprochen sey.

Allein alle diese Sätze beweisen die behauptete grundherrliche Eigenschaft des Hundshabers nicht in der Art, daß dadurch die gesetzliche Regel, derselbe sey ein Ausfluß des Jagdrechtes — also ein hoheitsrechtliches Gefäll, niedergeschlagen werden könnte. — Denn indem er

ad a) selbst eingesteht, daß jeder Grundherr seine Gefälle unter eine beliebige Rubrik der Rechnung setzen könne, so benimmt er dem Umstande, daß der Hundshaber bei ihm unter den grundherrlichen Leistungen vorkomme, selbst allen beweisenden Werth. Gehaltlos aber, und hieher ganz unerheblich ist

ad b) das geschichtliche Verhältniß, daß die Hintersassen, welche ihm ehemals den Hundshaber reichen mußten, ursprünglich nach M. gehört haben.

Die Gutsbesitzer von M. waren so gut wie jene von B. Edelmanns freiheitfähige Landsassen, welche die Gerichtsbarkeit, das Jagdrecht und die damit verbundene Jagdfrohne besassen. Sollte also aus dem angeführten Umstande für die von G. behauptete Thesis etwas folgen, so hätte zu gleicher Zeit aus der Geschichte bewiesen werden müssen, daß die Gutsbesitzer von M. nicht Edelmanns freiheitfähig gewesen, daß sie die Gerichtsbarkeit, und als Ausfluß hievon die Jagdbarkeit nicht besessen, und doch einen Hundshaber bezogen haben. Daß

ad c) der Hundshaber nicht absolut nothwendig ein Hoheitsgefäll seyn müsse, sondern wohl aus einem grundherrlichen Verhältnisse entsprungen seyn könne, ist zwar richtig, und die Geschichte der deutschen Verfassung und ihrer Ausbildung gibt hierüber allerdings mehrere Merkmale.

Danz in seinem Handbuche des deutschen Privatrechts Th. II. § 156.

Brunnemann ad L. 7. C. ne operae a collat. exigantur nr. 3.

Allein nach dem vaterländischen Statutrechte ist gemäß der bereits oben angeführten Gesetzesstellen der Hundshaber

einmal eine Jagdfrohne, die Jagd selbst aber ein Ausfluß von der Gerichtsbarkeit, und diese ein absolutes Hoheits-Recht, vorausgesetzt, das derjenige, der die grundherrliche Eigenschaft des Hundshabers behauptet, eine Behauptung aufstellt, welche resistentiam juris gegen sich hat, und in so ferne gibt der dermalige Besitzstand kein unbedingtes possessorisches Klagerecht, sondern es muß hier nach den klaren gesetzlichen Bestimmungen der Titel aufgewiesen werden.

Was

ad d) die behauptete Unanwendbarkeit der bayerischen Landsassen-Verfassung auf die oberpfälzischen Landsassen betrifft, so ist hievon nur so viel wahr, daß die Art, auf welche die Güterbesitzer des alten Herzogthums Bayerns die Edelmannsfreiheit und die damit verbundenen Befugnisse erworben, von jener der obern Pfalz wesentlich verschieden seyen. Allein sobald einmal in der Oberpfalz edelmannsfreie Landsassen mit jenen von Altbayern zu coexistiren anfingen, so galt für erstere dasselbe innere Staatsrecht, und aus dem Gesetzbuche, welches die Bestimmungen über den Hundshaber enthält, ist für die oberpfälzischen Landsassen von dem v. G. weder eine Ausnahme nachgewiesen, noch jemals erweisbar.

So wenig demnach v. G. je aus dem einzigen Grunde, weil er einmal im Besitze gewesen ist, auf eine allenfalls erhobene Klage wieder in den Besitz der ihm entzogenen Gerichtsbarkeit und des Jagdrechtes eingesetzt werden könnte, eben so wenig kann seine Besitzklage rücksichtlich des mit der Jagdbarkeit zugleich der Landeshoheit heimgefallenen Hundshabers einen günstigern Erfolg haben; sondern der Kläger mußte vielmehr, da das Gesetz den Hundshaber für ein hoheitliches Gefäll erklärt, und er für die behauptete grundherrliche Eigenschaft keine hinreichend beweisende Momente angebracht hat, um so mehr, wie im Erkenntnisse geschehen, zur petitorischen Ausführung verwiesen, sofort mit der Besitzklage abgewiesen werden, als er gleich andern Landsassen auf den Grund positiver gesetzlicher Bestimmungen, so fort auf eine rechtmäßige Art aus dem Besitze eines mit dem verlornen

Regal verbundenen Gefälls gesetzt worden ist, zu dessen Genuß er nur dann wieder gelangen kann, wenn er für das Recht der Hundshaber-Beziehung einen andern Titl, als den das Gesetz im Allgemeinen ausspricht, in casu concreto dargethan haben wird.

Die Überbürdung der Kosten ist eine Folge der Sachfälligkeit.

Den 30. Juni 1815.

21.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Mich. v. G., Gutsbesitzer zu B. contra fiscum wegen Einfoderung des Hundshabers zu Recht, und bestättigen das vom königl. Appellations-Gerichte des *** Kreises am 30. Juni 1815 erlassene Erkenntniß in der Art, daß die in possess. momentaneo gestellte Klage nicht statt habe. Comp. expens.

Der Appellant Mich. v. G. wird übrigens in eine Succumbenztaxe von 6 Thaler verurtheilt.

Gründe.

1. Aus dem Klagspetito geht klar hervor, daß M. von G. bloß in possess. momentaneo aufgetreten ist, indessen ist

2. unwahr, daß diese Besitzklage durch das oberstrichterliche Erkenntniß vom 21. Juni 1813 begründet sey; denn in diesem Erkenntnisse wurde lediglich verfügt, daß erwähnte Klage ad excip. hinauszuschließen sey, bei welchem Ausspruche in die Klage selbst nicht tiefer eingegangen worden ist, als daß solche sich nicht zur Verwerfung ex off. eigne, wodurch dem Fiscus an seinen Exceptionen in formeler und materieler Hinsicht nichts benommen wurde, auch um so weniger etwas benommen seyn konnte, als er noch nicht gehört war; die

Statt- und Unstatthaftigkeit dieser Klage wurde daher in Gemäßheit des angezogenen oberstrichterlichen Erkenntnisses ausdrücklich von den einzuleiten anbefohlenen Verhandlungen abhängig gemacht; übrigens ist

3. das Vorgeben, als ob der Fiscus den jüngsten Besitz des Klägers nicht widersprochen, sohin eingestanden hätte, ganz actenwidrig, indem dieser Widerspruch in der fiscalischen Exception S. 5. bestimmt und klar enthalten ist. Um aber

4. das possess. mom. rechtlich zu begründen, wird vor allem der status praesentaneae possess. erfodert, d. i. der Kläger muß nachweisen, daß er Jahr und Tag vor entstandener Irrung im ruhigen Besitz der streitigen Sache gewesen sey.

Cod. jud. cap. 3. § 5. et Annot. ibid. lit. a. et c.

Von G. kann aber den status praesentaneae possessionis nicht beweisen, weil er in der Klage schon eingestanden hat, daß ihm und seinen Vorfahren die fragliche Abgabe bis zur Zeitepoche geflossen sey, wo ihm die Jurisdiction und Jagd eingezogen worden ist, was actenmäßig schon im Jahre 1807 geschah; er gesteht also mit deutlichen Worten, daß er schon im Jahre 1807 aus dem Besitze geworfen worden sey, folglich er den statum praesentaneae possessionis nicht für sich habe.

Wenn nun aber gleich

5. das possess. moment. in dem concreten Falle nicht statt hat, so ist doch die Verweisung ad Petit. zu voreilig; indem das possess. plem. in Mitte liegt, welches v. G., da darüber noch nicht verhandelt worden ist, zu ergreifen berechtigt ist, wenn er damit auslangen zu können vermeint, wobei jedoch seiner Wahl überlassen bleibt, mit Hintansetzung des poss. plemerii sogleich in petitorio aufzutreten.

München, den 1. März 1816.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco, Präsident.

Fränkl, Secr.

22.

Spolium.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

— setzt immer eine gewaltsame Besitzentsetzung voraus.

Erkennen in der Sache des Peter D., Wasenmeister zu K., gegen den kön. Fiscus, puncto spolii in Holzbezug, zu Recht:

„daß der königl. Fiscus von der angebrachten Spolien-Klage zu entbinden sey.“

Die Kosten der beiden Instanzen werden verglichen.

Entscheidungs-Gründe.

Wer eine Spolienklage anstellt, hat den bestandenen Besitz auf seiner, und die gewaltsame Entsetzung aus demselben auf der andern Seite darzuthun.

Cod. civ. p. 4. cap. 5. § 11.

Nro. 1., 2. et anotat.

2. Dem der Klage anliegenden Notificatorium des Rentamts vom 12. März 1824 zu Folge ließ die kön. Kreisregierung Kammer der Finanzen den Kläger verständigen, daß, weil er nur für die unentgeltliche Räumung der Abtritte und Hinwegschaffung des gefallenen Stifts-Ökonomieviehes, die jährliche Vergütung von vier Klaftern Holz bezogen, sie nicht die Natur einer Fixen-Besoldung — (und um so weniger wegen des Mangels eines Documentes hierüber) habe, er in dem Fortbezuge dieses Holzes nicht verbleiben könne, und die Vorausgabung desselben nicht mehr statt finde.

Die Remonstration des Klägers gegen diese Verfügung bewog die Kreisregierung nicht, solche zurückzunehmen, ihm blieb aber noch der Weg einer Vorstellung an das kön. Staatsministerium der Finanzen. Er hat aber nicht angeführt, viel

weniger bescheinigt, daß von ihm dieser Weg eingeschlagen worden sey. Die gesetzliche Einleitung, um im administraven Geschäftsgange die Beibehaltung des Besitzes in Bezug der jährlichen 4 Klafter Holzes zu erzielen, ist also nicht vollendet.

Da die Aufkündigung dieses Holzbezuges von der Kreis-Regierung ausgegangen war, so hätte solche auf eine Vorstellung dagegen von der höhern Stelle ausdrücklich, oder durch das Unterbleiben einer Entschließung binnen 6 Wochen doch stillschweigend genehmigt worden seyn müßen, um eine vom Staate vollbrachte Entsetzung aus dem Besitze annehmen zu können.

3. Auch hiemit wäre aber das zweite Erforderniß der Spolienklage noch keineswegs hergestellt, denn der Kläger erhielt viele Jahre lang, wie er behauptet, und der kön. Fiscus zugestand, das Holz aus den Waldungen des Staates.

Nicht mit der mindesten Gefahr eines unwiderruflichen Verlurstes des Fortbezuges in dem Falle, wenn er rechtlich begründet werden sollte, ist der Kläger bedrohet. Die fernere Reichung des Holzes aus dem Eigenthume des Staates wurde ihm nur von der Kreisregierung aufgekündigt in Erwägung zwar gerichtlich zur Zeit noch nicht liquid gestellter, jedoch in der betreffenden Verfügung namentlich angeführter rechtlicher Gründe. Keine durch Thathandlungen vorgegangene Entwährung des Besitzes, sondern lediglich eine durch Gründe unterstützte, hauptsächlich auf den Mangel aller Legitimation zu dem weitern Bezuge beruhende Weigerung, dem Kläger das Holz ferner verabfolgen zu lassen, ehe und bevor er seinen Anspruch auf dasselbige gehörig dargelegt, oder im ordentlichen Wege Rechtens an- und ausgeführt haben werde, liegt vor. Irgend eine gewaltsame Verdrängung des Klägers aus dem Besitze als das zweite gesetzliche Erforderniß der Spolienklage fehlt also gänzlich. Wegen dieses Mangels mußte der kön. Fiscus von der gegen derselben angebrachten Klage entbunden werden.

Da jedoch der Kläger das Erkenntniß der ersten Instanz für sich hat, und hier ändernd gesprochen wurde, so waren die Kosten der beiden Instanzen zu vergleichen.

München, den 17. März 1820.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco, Präsident

Fränkl, Secr.

23.

Spolium.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Wegen persönlich. Foderungsrechte findet die Spolien-Klage nicht statt.

Erkennt das kön. Appellations-Gericht für den *** Kreis in Sachen des quiesc. Domainen-Directors X. gegen *** pcto. spolii zu Recht:

daß der Beklagte von der Klage zu entbinden sey ꝛc.

Gründe.

Die Unstatthaftigkeit der Spolien-Klage im vorliegenden Falle ergibt sich schon aus dem Mangel der gesetzlichen Erfoderniße nach Cod. civ. p. 2. cap. 5. § 11. not 2., welches Gesetz die Spolienklage ausdrücklich durch die eigentliche Possession bedingt.

Omnis privatio supponit habitum, et qui nunquam possedit, nunquam potuit dejici.

ff. 1. § 23 de vi et vi arm.

Auch liegt keine gewaltsame Dejection, sondern nur die Verweigerung eines angeblichen Rechtes vor, denn es beruht die Klage auf einem persönlichen Dienstverhältnisse. Nun konnten aber dem Kläger aus dem persönlichen Dienst-Vertrage als eine locatio conductio oper. keine dingliche, sondern nur persönliche Rechte auf Contracts-Erfüllung erworben werden,

und es kann selbst nach canon. Rechte wegen bloß persönlicher unerfüllt gelassener Verbindlichkeit nicht mit der Spolienklage, sondern nur mit jener geklagt werden, welche aus dem Geschäfte selbst hervorgeht.

Klaproth Einl. zum summar. Proz. I. Abth. Hauptst. 5. § 90.

Daher können selbst Dienst-Emolumente ꝛc. mit dem Dienstgenusse nur als wirklich anfällig besessen werden, womit dieselben sonach in das Eigenthum des Bediensteten übergehen, und ohne deßfallsige Begründung eines Realrechts fundirt sich mit der Fälligkeit lediglich der Klage-Anspruch auf deren Leistung aus dem Dienstvertrage gegen den Dienstherrn; daher selbst die Perpetuität der Dienstanstellung auf Lebenszeit keine Veränderung an der Natur des Dienstvertrages noch an den daraus abgeleiteten Folgen, folglich auch kein Realrecht, noch minder ein possessorisches Rechtsmittel für den erst in jedem Jahre fällig werdenden Dienstgehalt begründen kann.

Den 21. September 1827.

Königliches Appellations-Gericht des *** Kreises.

24.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache des quiescirten Domainen-Directors X. gegen *** puncto spolii zu Recht, und bestättigen das von dem kön. Appellationsgerichte des *** Kreises am 21. September 1827 gefällte Erkenntniß.

Gründe.

Kläger wurde vom *** als Domainen-Director mit einem Gehalte von 2500 fl. nach den Grundsätzen der Prag-

matik für die kön. Staatsdiener angestellt, und ihm am 26. April 1820 ein persönlicher Gehalt von weitern jährlichen 1000 fl. verliehen, dieser letztere Gehalt wurde ihm auch in der Eigenschaft eines nicht statutsmäßigen Bezuges von der ***'schen Vormundschaft gewährt, bei seiner erfolgten Quiescirung aber vom 1. April 1825 angefangen, verweigert; er behauptet nun, er sey durch diese Verfügung auf eine widerrechtliche Weise seines Rechts entsetzt worden, und stellte daher die Spolienklage. Zur Begründung dieser Klage wird der Besitz einer Sache oder eines Rechts, und eine mit widerrechtlicher Gewalt geschehene Entsetzung aus demselben erfordert.

Cod civ. P. II. cap. 5. § 11.

Auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes wird in der Regel dabei nicht gesehen, und die Zulässigkeit dieser Klage ist nicht bloß auf körperliche Sachen beschränkt, sondern findet auch bei Rechten statt, in deren Quasibesitz sich Jemand befindet, wenn er hierin gewaltsam gestört wird, und unter diesem letztern Ausdrucke wird jede widerrechtliche und eigenmächtige Verdrängung aus dem Besitze verstanden. Allein dieser Besitz, er betreffe nun ein Recht oder eine Sache, ist res facti nicht juris, und der Begriff der Detention, welche auch bei der Quasipossessio erfordert wird, setzt das Vermögen über das Recht zu disponiren voraus, und zwar ein physisches — kein moralisches Vermögen, oder eine bloße Befugniß, bloße persönliche Foderungen, die zwar einen rechtlichen Anspruch — ein Klagerecht im Allgemeinen gewähren, werden nicht besessen, und es kann daher wegen Mangels des Besitzes, und da derjenige, der nicht besitzt, des Besitzes auch nicht entsetzt werden kann, eine Spolienklage nicht stattfinden.

Cod. civ. P. II. c. 5. § 11. et in not. l. 1. § 23. ff. de vi et de vi armata.

Höpfner Commentar § 281, 282.

Thibaut. S. D. J. R. § 297, 305, 308, 317.

Klaproth § 90.

Schweppe § 223.

Savigny von R. des Bes. § 46. S. 3, 144, 422, 448.

Es gibt zwar Fälle, wo — wie z. B. beim Jagdrechte, bei Dienstbarkeiten, bei der Nutznießung, wo die Wirkung des Besitzes solcher Rechte sich auch auf zukünftige Erwerbe und Ausübungen erstreckt; allein bei allen diesen ist die Willkühr der Ausübung des Rechtes von Seite des Berechtigten damit verbunden.

Ganz anders verhält es sich aber bei dem bloßen Anspruche auf Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit, wie sie X. in Anspruch nimmt, der eine erst zu leistende Zahlung verlangt; hier hat er zwar ein Foderungsrecht, die Bewirkung der Leistung der Verbindlichkeit aber liegt nicht in seiner freien Willkühr, sondern die Ausübung dieses Rechtes äußert sich nur durch die Stellung der Contractsklage; bei jedem Spolium wird Dejection aus dem Besitze vorausgesetzt; als eine solche kann aber das blosse Unterlassen der Bezahlung einer Schuld, oder die Abläugnung derselben nicht angesehen werden, außerdem würde jeder Schuldner, der die contractmäßige Zahlung nicht leistet, mit der Spolienklage belangt, und diese am Ende in jedem Falle, wo auf Erfüllung irgend eines Vertrages gedrungen wird, angewendet werden können, was jedoch offenbar der Fall nicht ist.

München den 11. August 1828.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco.

Secr. Fränkl.

25.

Spolium.

Seine königliche Majestät.

Wegen bloßer Foderungsrechte findet die Spo-

Erkennen in Sachen des Felix V., Gutsbesitzer zu W. gegen den kön. Fiscus puncto

Spolienklage nicht statt.

spolii zu Recht, daß der kön. Fiscus von der gegen ihn angestellten Spolienklage zu entbinden sey.

Die Kosten werden compensirt.

Gründe.

Die Spolienklage erscheint in dem gegenwärtigen Falle ganz unzulässig.

Diese Klage setzt nach Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. voraus;

a) Besitz auf Seite des Klägers.

b) Dejection von Seite des Beklagten.

Die Spolienklage ist ein remed. recuperandae possessionis, wer den Besitz erst erlangen will, kann sich dieses Rechtsmittels nicht bedienen.

V. fordert nun nicht die Zurückgabe der sogenannten Fludermaut, die er resp. den Bezug ihrer Rente besessen hat, sondern er will durch die Spolienklage die Herausgabe der stipulirten Ablösungssumme erlangen, in deren Besitz er noch niemals gewesen ist.

Der Kläger meint zwar, er sey in dem Rechte spolirt, nach welchem er die Herausgabe der ihm vom Staate bewilligten Äquivalentssumme begehren kann.

Allein, wenn es auch richtig ist, daß sich die Spolien-Klage auch auf Rechte und auf den Quasibesitz derselben bezieht, so setzt doch der Erwerb des Quasibesitzes immer ein Factum voraus, vermöge welchem der Besitzer sich in die physische Möglichkeit gesetzt hat, das befragliche Recht jedesmal willkührlich auszuüben.

Ein bloßes Forderungsrecht, ein bloßer Rechtsanspruch kann auf diese Weise von selbst nie besessen werden. Durch den Erwerb eines Anspruches auf Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit erhält man in possessorischer Hinsicht nichts als ein Recht auf Erlangung des Besitzers der stipulirten Sache oder des bedungenen Rechtes zu klagen, eine Befugniß zu besitzen, (jus possidendi) welches vom Besitzrechte (jus possessionis) wesentlich verschieden ist.

Hat im vorliegenden Falle das Ärar die dem V. bewilligte Ablösungssumme widerrechtlich compensirt, sohin die stipulirte Auszahlung derselben rechtwidrig verweigert, so kann er lediglich ex contractu auf Erfüllung der Stipulation klagen, von einer Spolienklage kann aber keine Rede seyn, da V. sich noch nie in possessione der geforderten Summe befand, ein bloßes Forderungsrecht aber juristisch nicht besessen werden kann, folglich auf den Begriff der Spolienklage nicht paßt, was von selbst klar ist, da außerdem jede Verweigerung einer Vertragsverbindlichkeit die Spolienklage begründen würde.

Wollte man aber den Besitz eines Foderungsrechtes als juridisch möglich denken, so wäre der Berechtigte durch die jenseitige Nichterfüllung des Rechtsanspruches gar nicht dejicirt, denn im Besitze des Rechtsanspruches bleibt derselbe immer, wenn auch der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit nachzukommen sich weigert.

Es würde unter dieser Voraussetzung an der Dejection von Seite des Beklagten mangeln.

Die Spolienklage erscheint hiernach in dem vorliegenden Falle unter jeder Voraussetzung unstatthaft, und es war daher, wie geschehen, zu erkennen.

München, den 26. Mai 1829.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Ritter

Fränkl, Secr.

26.

Spolium.

Erkenntniß.

Seine königl. Majestät.

Die Spolienklage setzt ein. rechtsmäßigen Besitz voraus.

Erkennen in der Klagsache der Gräfin v. L. gegen den kön. Fiscus wegen Einziehung der Gerichtsbarkeit über einen Grundholden, zu Recht:

daß der kön. Fiscus von der gegen ihn erhobenen Spolienklage unter Compensirung der Kosten beider Instanzen zu entbinden sey.

Entscheidungs-Gründe.

§ 1.

Nach Titel VIII. § 1. der Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 geht zwar die Gerichtsbarkeit vom Könige aus, die Beilage VI. zu der erwähnten Verfassungs-Urkunde gestattet aber auch den adeligen Gutsbesitzern die Ausübung einer gutsherrlichen Gerichtsbarkeit, welche mit einem dinglichen Rechte auf dem Gute haftet, und nur in den im § 114 des sechsten constitutionelen Edictes bestimmten Fällen verloren gehen kann, folglich durch Zurücknahme der im § 25 erwähnten landesherrlichen Ermächtigung nicht willkührlich wieder eingezogen werden darf.

§ 2.

Somit steht dem Besitzer einer gutsherrlichen Gerichtsbarkeit nach Th. II. Cap. 5. § 11. des bayer. Landrechts und den Noten Nr. 4. lit. e. auch die Spolienklage gegen den k. Fiscus zu, wenn er von diesem mit unrechtmäßiger Gewalt seines Besitzes der Gerichtsbarkeit entsetzt worden ist, um so mehr, als die Gerichts-Ordnung Cap. 3. § 5. Nr. 1. und in

den Noten lit. b. nur das possessorium summarissimum in Jurisdictionssachen gegen den kön. Fiscus für unzulässig erklärt, und durch die Restitution der spolirten Gerichtsbarkeit als eines verfassungsmäßigen Rechtes der Gerichtsherr wenigstens auf so lange, bis in petitorio anders erkannt wird, zur fernern Jurisdictionsausübung berechtigt bleibt, und daher die bis dahin von dem gutsherrlichen Gerichte vorgenommenen Acte keiner Nichtigkeit unterliegen können.

§ 3.

Nun genügt aber nach dem bayerischen Landrechte Th. II. Cap. 5. § 11. und den Noten Nr. 2. lit. a. und d., dann Nr. 6. lit. e. so wie nach der Gerichts-Ordnung Cap. 3. § 4. lit. d. und k. in den Noten, zur Begründung der Spolienklage nur ein factischer nicht offenbar fehlerhafter Besitz. Der factische Besitz wurde auch von dem kön. Fiscus zwar nicht in Abrede gestellt, jedoch der Klage die Einrede entgegengesetzt, daß jener unrechtmäßig und fehlerhaft gewesen, weil der Grundhold K. dem § 29. der Beilage VI. der Verfassungs-Urkunde zuwider über vier Stunden von dem Gerichtssitze entfernt sey.

§ 4.

Die Klägerin hat auch in der ihrer Klage selbst abschriftlich beigelegten, an das kön. Ministerium des Innern gerichtet gewesenen Beschwerdeschrift vom 31. Juli 1827 ausdrücklich zugestanden, daß die Entfernung des Ortes W. von St. sechs geometrische Stunden betrage, und diese machen jedenfalls mehr als vier Zeitstunden aus.

Ferner bezeugte die kön. Bauinspection K. am 10. Nov. 1828, daß die Länge des Weges von W. nach St 96,038 Schuhe-messe, welche nach geographischem Maaße 7 1/2 Stunden, und diese nach zurückgeführter Berechnung auf 3/4 einer Zeitstunde 6 Stunden 578 Schuh betrügen. —

Auf diese Exceptionsbeilage hat sich die Klägerin in ihrer Replik nicht erklärt, daher dieselbe nach Cap. 11. § 7. Nr. 2. der Ger.-Ordn. für anerkannt zu halten ist.

§ 5.

Diesem allem nach erscheint daher die fiscalische Einrede der mehr als vierstündigen Entfernung des Ortes W. von

St. als liquid, und in Folge dessen der Besitz der hier in Frage stehenden Gerichtsbarkeit als fehlerhaft. Die Einziehung derselben kann also auch als keine unrechtmäßige Entsetzung betrachtet und sohin kein Spolium genannt werden. Denn der Umstand, daß die Jurisdiction über den Grundholden zu W. schon vor dem Erscheinen der Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 ausgeübt wurde, ist unerheblich, da in dem constitutionelen Edicte VI. § 29. ohne Rücksicht auf die bisherige Jurisdictions-Ausübung bestimmt ist, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit über keinen weiter als vier Stunden von dem Sitze des Gerichtes entfernten Grundholden ausgeübt werden dürfe.

§ 6.

Zwar wurde dem Grafen von K. erst im Jahre 1819 die Bildung eines Patrimonialgerichtes 2ter Klasse zu St., mit Einverleibung des Grundholden K. zu W. in dasselbe gestattet; allein schon nach § 5. der churfürstlichen Hauspragmatik vom 20. Oct. 1804 durfte die Gerichtsbarkeit weder auf lebenslang, noch vielweniger erblich mehr an Jemand überlassen werden. Diese Bestimmung der Unveräußerlichkeit der Staats-Güter wurde in der Constitution vom 1. Mai 1808 § 11. und in der Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 Tit. III. § 3. erneuert, daher der Gerichtshold K. zu W. dem § 29. des constitutionelen Edictes VI. zuwider dem Patrimonialgerichte St. nicht rechtsgiltig einverleibt werden konnte.

§ 7.

Mit Abänderung des von dem kön. Appellations-Gerichte des * * * Kreises am 11. Febr. 1831 gefällten Erkenntnisses mußte daher auf Klagsentbindung und Compensation der Kosten erkannt werden.

München, den 16. Febr. 1833.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden.

Frankl.

27.

Spolium.

(Vergleiche oben Nro.)

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Jede Art eigenmächtig. Besitzergreifung ist ein Spolium, und der § 114. Beilage VI. des constitutionelen Edictes ist keineswegs völlig zweifellos.

Erkennen in der Streitsache des N. N., Gutsbesitzer von ***, gegen den kön. Finanz-Fiscus des Isarkreises, Spolien betr., auf des Klägers Berufung gegen das vom kön. Appellationsgerichte des *** Kreises gefällte Erkenntniß vom 18. Juli 1832 zu Recht, daß der kön. Fiscus den Kläger in den ihm durch Entschließung der kön. Regierung des *** Kreises Kammer der Finanzen vom 28. Februar und 21. Mai 1831 entzogenen Besitz der in der Klagsbeilage Nro. 4 und 7. bezeichneten von den darin genannten 12 Staatsgrundholden bis dahin gezogenen Scharrwerkgelder und Vogtei-Abgaben wieder einzusetzen, und daher denselben für den bisherigen Entgang dieser Gefälle seit dem Jahre 1831 eine jährliche Vergütung von 79 fl. 41 kr. zu leisten schuldig sey, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz.

Entscheidungs-Gründe.

N. N. hat gegen den kön. Fiscus wegen eigenmächtiger Einziehung der obenbezeichneten gutsherrlichen Gefälle die Spolienklage erhoben und vollkommen rechtlich begründet.

Diese Klage setzt voraus, daß

1. der rechtliche Besitz einer Sache oder eines Rechtes,
2. die gewaltsame Entsetzung aus demselben nachgewiesen wird, und
3. daß der Rechtsanspruch des Spolianten nicht so augenscheinlich und offenbar sey, daß es einer weitern Erörterung in petitorio hierüber nicht mehr bedarf.

Alle diese gesetzlichen Requisite der possessorischen Spolienklage sind im concreten Falle vorhanden.

Was den früher gehabten Besitz betrifft, so wird derselbe von dem kön. Fiscus gar nicht in Abrede gestellt.

Die fiscalischer Seits dagegen vorgebrachte Einwendung, daß an den fraglichen Gefällen als einem Accessorium der bereits früher eingezogenen Gerichtsbarkeit, und so fort an einem extra comercium humanum vel patrimonium erklärten Gegenstande ein Besitzrecht seit der Existenz der Verfassungsurkunde nicht mehr ausgeübt werden konnte, und das Inhaben des Klägers nur als Detention zu betrachten sey, worauf auch in erster Instanz die erkannte Klagsentbindung ausschließlich fundirt wurde, verdient in Hinblick auf Cod. civ. P. II. cap. 5. § 4. et in not. keine Berücksichtigung, weil die Verfassungsurkunde und das constitutionele Edict VI. das Recht zu Scharrwerksleistungen oder Vogteiabgaben keineswegs unbedingt aufgehoben, sondern nur von dem Daseyn factischer Vorbedingungen abhängig erklärt hat, wonach also an derlei Rechten sowohl Besitz als Eigenthum erworben werden kann.

2. Auch das zweite gesetzliche Requisit der Spolienklage, gewaltsame Entsetzung aus diesem Besitze, ist offenbar vorhanden, indem gleichfalls nicht in Abrede gestellt, und durch die als anerkannt zu betrachtenden der Klage unter Ziffer 1 und 5 beigelegten Urkunden erwiesen wurde, daß die betreffenden kön. Rentämter am 26. März und 2. Mai 1831 in Folge erhaltener kön. Regierungs-Entschließung die in Frage stehenden Gefälle für das Ärar eingezogen, die betreffenden Grundholden eingepflichtet und zur Entrichtung der Abgaben an das kön. Rentamt angewiesen haben.

Hierin ist nach der klaren Bestimmung des Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. Nro. 3. et in not. lit. a, b, c und f. eine gewaltsame Entsetzung des Inhabers im Sinne des Gesetzes enthalten, weil hienach jeder Act der eigenmächtigen Besitzergreifung als eine ejectio violenta zu betrachten ist, und dem Privaten gegen die von der Regierungs-Gewalt ausgehende Eigenthums- oder Besitzrechte entziehenden Anord-

nungen ein ihn schützender Widerstand, weder erlaubt noch möglich ist. —

Es kömmt also lediglich nur darauf an, ob hier nicht, der auch in dem bayerischen Civilgesetzbuche giltige allgemeine Rechtsgrundsatz Spoliatus ante omnia restituendus, nach den Bestimmungen des allgemeinen Rechts, der Praxis und der Anmerkungen zu Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. Nro. 6. und zur Gerichtsordnung Cap. 3. § 4. Nr. 10. dadurch eine Ausnahme leide, daß der Rechtsanspruch des kön. Fiscus in dessen Besitz sich derselbe eigenmächtig gesetzt hat, bereits so augenscheinlich und offenbar begründet ist, daß hierüber eine weitere Erörterung in petitorio nicht mehr zulässig erscheint.

Wird indessen erwogen, daß die Frage, in wie ferne mit der Gerichtsbarkeit auch die damit verbundenen gutsherrlichen Rechte auf Scharrwerksleistung und den Vogthaber verloren gehen, im constitutionelen Edicte VI. besonders in § 114. auf eine völlig zweifellose Art keineswegs entschieden ist, daß die Tendenz der Verfassungs-Urkunde und des genannten Edicts bei Beschränkung der Patrimonialgerichtsbarkeit nicht sogleich dahin ging, die davon abhängigen gutsherrlichen Rechte aufzuheben, daß in diesem Sinne sogar die höchsten administrativen Stellen namentlich in Folge des instructiven k. Staatsrathsbeschlusses vom Jahre 1826 bis zum Jahre 1831 das constitutionele Edict auslegten, daß selbst das Gesetz v. 28. Dec. 1831 § 4. nr. 3. die Rechtsverhältnisse der auf die Gerichtsbarkeit freiwillig verzichtenden Standes- und Gutsherrn betr., indem dasselbe die Jurisdictions-Scharrwerke selbst von jenen Grundholden und Besitzern freieigner Güter, bei welchen die Gerichtsbarkeit nach Art. 28. und 29. des constitutionelen VI. Edicts vom Jahre 1818 an den Staat zurückzukehren hat, den Gutsherrn beläßt, von gleichen Grundsätzen auszugehen scheint, so kann der Anspruch des königl. Fiscus auf die von ihm eingezogenen Gefälle noch nicht als ein so klarer und augenscheinlicher betrachtet werden, daß hierüber eine Erörterung in petitorio auf welche der Kläger sich ausdrücklich nicht eingelassen hat, und, in welcher Hinsicht

derselbe also auch noch mit seiner allenfallsigen Erinnerung gehört werden muß, als überflüssig erscheint.

Unter solchen Verhältnissen war der königl. Fiscus nicht berechtigt, mit Umgehung des richterlichen Ausspruches sich eigenmächtig in den Besitz der oft erwähnten Gefälle zu setzen, und muß daher vorbehaltlich des Petitoriums wie sich von selbst versteht, angehalten werden, den vom Kläger angegebenen und durch die Klagsbeilagen nachgewiesenen jährlichen Betrag zu vergüten.

Aus diesen Gründen war wie geschehen in der Hauptsache unter Abänderung des erstrichterlichen Urtheils zu erkennen.

Die Compensation der Kosten beider Instanzen rechtfertigt sich wegen Verschiedenheit der Urtheile durch Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 3.

München, am 1. September 1836.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Frhr. v. Welden.

Faber, Secr.

28.

Ueber Standes- und Dienstes-Gehalt.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das kön. Appellationsgericht des * * * Kreises in der Streitsache des kön. Zolladministrationsrathes Peter von D. gegen den kön. Fiscus, Hauszinsforderung betreffend, zu Recht:

„der Streit werde für rein befestiget angenommen, der kön. Fiscus aber von der gegen ihn erhobenen Klage vom 11. praes. 13. März v. Js. entbunden.“

Gründe.

Der Kläger stellte zwei Forderungen, nämlich auf Nachzahlung von jährlichen 48 fl. vom 1. October 1819 bis letzten Juni 1828, dann auf Bezahlung von jährlichen 198 fl. von letzterem Zeitpuncte an. Beide Foderungen stützen sich auf den Grund, daß dem Kläger die freie Wohnung oder die dafür ausgesprochene Entschädigung auf eine Weise verliehen worden sey, daß ihm weder die eine, noch die andere bei einer Versetzung oder Beförderung ohne sonstige Gehaltsvermehrung genommen werden konnte. Dieses ist aber gemäß § 20. des Edicts über die Verhältnisse der Staatsdiener von 1818 Beil. IX. der Verfassungsurkunde nur dann der Fall, wenn freie Wohnung oder die dafür festgesetzte Entschädigung die Eigenschaft eines ständigen Gehaltes hatten.

Hierüber entscheiden die bestehenden Gesetze, oder die den Einzelnen ertheilten Anstellungs- oder sonstigen Verleihungs-Decrete. Kläger beruft sich vor allem auf ein solches Decret, indem ihm durch Rescript vom 26. Juli und 4. December 1817 ein jährlicher Hauszinsbeitrag von 198 fl. bewilligt worden sey, und legte zu diesem Behufe als Beweismittel ein von der königl. Generalzoll- und Mautdirection M. an die Zoll- und Maut-Inspection K. in A. am 12. December 1817 erlassenes Rescript abschriftlich vor. Der Beklagte will zwar aus dieser Klagsbeilage eine von der Streiteinlassung befreiende Einrede ableiten; indem er behauptet, diese einen integrirenden Theil der Klageschrift bildende Beilage stehe im Widerspruche mit dem sonstigen Klage-Vorbringen, die Klage müsse daher wegen Widerspruchs in sich selbst, wegen Ineptheit abgewiesen, und er von der Streitseinlassung befreit werden.

Allein die Gründe hiefür sind unstichhaltig; er sucht nämlich einen Widerspruch darin, daß jene Beilage nicht jene Umstände enthalte, welche nach seiner Meinung zur Fundirung des klägerischen Anspruches nothwendig wären.

Allein, selbst angenommen, daß wirklich jene Umstände vorhanden seyn müssen, um die Klage des von D. zu begründen, so folgt doch daraus, daß die Beilage davon nichts

enthält, keineswegs ein Widerspruch mit den Behauptungen des Klägers, daß die fraglichen Umstände wirklich existirten, indem das, was nicht ist, was keinen Widerspruch an und für sich zu bilden vermag, sohin jene Beilage höchstens ein ungeeignetes Beweismittel seyn könnte. Daher war der Streit auch für rein befestigt zu erachten.

Jenes Rescript ist zwar nur in Abschrift producirt, allein der Beklagte hat deßfalls nicht die geringste Erinnerung gemacht, selbe hat demnach volle Beweiskraft.

Dagegen geht aus diesem Rescripte durchaus nicht hervor, in welcher Eigenschaft jener Hauszinsbeitrag dem Kläger bewilligt worden sey, ob als Gehaltstheil, oder aus Gnade, oder ans einem andern Grunde. Aus diesem Rescripte kann demnach Kläger auch den Beweis nicht ableiten, daß die hiedurch bewilligten 198 fl. ein Theil seines Gesammtgehaltes gewesen seyen.

Übrigens scheint auch Kläger selbst durch dieses Rescript nicht sowohl die Eigenschaft des von ihm auf dem Rechts-Wege angesprochenen Hauszinsbeitrages, als vielmehr bloß dessen Quantum darthun zu wollen, indem er selbst behauptet, daß die fraglichen 198 fl. bloß eine Entschädigung für die ihm verliehene und von ihm auch von 1812 — 1817 wirklich genossene freie Wohnung gewesen seyen.

Es ist daher lediglich zu prüfen, in welcher Eigenschaft dem Kläger im Jahre 1812 freie Wohnung verliehen worden sey.

Der Beweis hierüber kann gemäß § 4. der Dienstespragmatik vom Jahre 1805 nur auf doppelte Weise geführt werden, entweder durch das Anstellungsdecret, oder durch die Bestimmungen eines allgemeinen Regulativs.

Sein Anstellungsdecret vom Jahre 1812 hat Kläger als Beweismittel nicht gebraucht, indem er dasselbe seiner Klage sonst in Abschrift hätte beilegen müßen; durch dieses kann er daher, selbst wenn in demselben, was jedoch der Fall nicht zu seyn scheint, von der freien Wohnung etwas enthalten seyn sollte, den Beweis, falls ihm ein solcher aufgelegt werden könnte, daß ihm die freie Wohnung decretmäßig, und

zwar als Gehaltstheil verliehen worden sey, gemäß der Gerichtsordnung cap. 11. § 5. nicht liefern.

Er wollte aber auch durch dieses Decret jenen Beweis nicht versuchen, wie deutlich aus seiner Replik hervorgeht, in welcher er sein Forderungsrecht auf das Regulativ von 1807 stützt.

Ein solches Regulativ hat aber als Ausfluß der Staatsgewalt nur so lange Kraft, als es von derselben Gewalt nicht geändert oder aufgehoben wird.

Für Organisirungen aber ist die Staatsgewalt nicht im Rechtswege haftbar.

Alle in einem solchen Regulative ausgesprochenen Bezüge sind daher ihrer Natur nach, so ferne nicht ausdrücklich das Gegentheil, z. B. lebenslängliche Dauer ausgesprochen ist, unständig und von dem Willen der Staatsgewalt allein abhängig. Das Recht des Bedientesten dauert nur so lange, als jenes Regulativ in Kraft bleibt, so lange also, bis dasselbe von der competenten Stelle geändert wird.

Daß in dem Regulative von 1807 ausnahmsweise die Ständigkeit oder Lebenslänglichkeit der zugesicherten Bezüge ausgesprochen worden sey, hat Kläger nicht zu behaupten gewagt; als daher im Jahre 1810 von der competenten Stelle ein neues Regulativ erschien, hörte auch das, auf das vorige gestützte Foderungsrecht des Klägers auf, d. i. er konnte von jenem Zeitpuncte an nur jenen Hauszinsbeitrag fodern, welcher ihm nach dem neuen Regulative zustand, d. h. wie er selbst angibt, 150 fl. jährlich.

Schon hiedurch fällt daher die Foderung des Klägers auf Nachzahlung von jährlich 48 fl. seit 1. Oct. 1619 bis Ende Juni 1828 als ungegründet weg, weil das Recht zur Foderung eines Hauszinsbeitrages vom 1. Oct. 1819 für den Kläger lediglich durch das Bestehen des Regulatives vom Jahre 1820 bedingt und begründet, sein früheres aber durch die Abrogation des früheren Regulatives aufgehoben war.

Es könnte zwar hier die Frage seyn, ob nicht Kläger selbst nach dem Regulative v. J. 1820 einen jährlichen Hauszins von 198 fl. fodern könne, da es keinem Zweifel unter-

liegt, daß er bis zu seiner Versetzung zur Centralstelle als äußerer Zollbediensteter nach diesem Regulative so gut wie früher Anspruch auf freie Wohnung in einem Ärarialgebäude hatte, falls eine solche eingeräumt werden konnte oder wollte, während ihm der Werth dieser Wohnung bereits durch das Rescript vom J. 1817 festgesetzt worden war; allein sowohl jenes Rescript von 1817 als die Regulative sprechen für solche Fälle nur von Hauszinsbeiträgen, also nicht vom vollen Ersatze des Genusses der freien Wohnung. Die Regulirung dieses Beitrages aber muß, da er von der freien Wohnung bezüglich des Betrags ganz unabhängig erscheint, der Willkühr der Staatsgewalt eben so überlassen seyn, wie die Bewilligung der freien Wohnung selbst.

Kläger kann nach dem bisher Gesagten seinen Anspruch auf einen Hauszinsbeitrag nur durch das Bestehen bestimmter auf das Zollpersonal anwendbarer Regulative begründen. Diese Regulative sichern aber jenen Beitrag nicht unbedingt jedem, der im Zollwesen angestellt ist, zu, sondern sie bedingen denselben durch gewisse Eigenschaften der Zollbediensteten, z. B. Verehelichung u. dgl.

Jenes Regulativ von 1807, worauf Kläger sein Foderungsrecht vorzüglich stützt, sichert nach dessen eigener Behauptung nur den Oberinspectoren die freie Wohnung, und sofort den surrogirenden Miethzinsbeitrag zu. Der Anspruch auf letztere ist daher durch die Eigenschaft als Oberinspector bedingt. Diese Eigenschaft hat aber Kläger dadurch verloren, daß er die Stelle eines Administrations-Rathes erhielt, wodurch er nothwendig die Stelle eines Oberinspectors verlieren mußte.

Selbst nach dem vom Kläger angeführten Inhalte des Regulatives von 1807 ist somit dessen klagend geltend gemachtes Foderungsrecht mit seiner im J. 1828 erfolgten Versetzung nach München als Administrationsrath erloschen.

Dasselbe ist der Fall nach dem Regulative vom 26. Sept. 1820. Dieses bedingt den Anspruch auf freie Wohnung oder Hauszinsbeitrag überhaupt durch die Eigenschaft eines bei den äußern Zollbehörden Angestellten. Zu den äußern Zoll-

bedienſteten werden aber alle jene nicht gerechnet, welche bei der Generalzoll-Adminiſtration angeſtellt ſind. — Regierungs-Blatt 1827. S. 87 und 91. —

Auch nach dieſem Regulative hat daher Kläger ſein Foderungsrecht mit ſeiner im J. 1828 geſchehenen Verſetzung verloren. Da er nun ſelbſt zugibt, bis zu dieſem Zeitpuncte die Hauszinsbeiträge, die er nach dem Regulative von 1820, welches allein, wie ſchon erörtert wurde, ſeit 1. Oct. 1819 ſeine Anſprüche überhaupt begründete, zu fodern hatte, erhalten zu haben, ſo fällt ſein Foderungsrecht auch von dem letzten Juni 1828 an weg, und der k. Fiscus muß von der ganzen gegen ihn erhobenen Klage entbunden werden.

Kläger behauptet zwar noch weiter, ein Klagerecht deßhalb zu haben, weil ſeine im J. 1828 geſchehene Verſetzung ihn gemäß § 20. der Beil. IX. zur Verfaſſungs-Urkunde verletzte, da es ihm an ſeinem Geſammtgehalte etwas nahm.

Allein dieſe Behauptung ſtützt ſich darauf, daß der fragliche Hauszinsbeitrag zu dem ſtändigen Gehalte gehörte, was nach den bisherigen Erörterungen und nach der Natur dieſes Beitrages, der nach dem Dienſtverhältniſſe der Zollbedienſteten, ja ſelbſt nach ihren Familienverhältniſſen berechnet iſt, nicht der Fall ſeyn kann, vielmehr wegfällt, ſobald der Zollbedienſtete die den Bezug allein bedingende Eigenſchaft als äußerer Zollbeamte verliert.

Die Meinung, daß für die Ständigkeit dieſes Functionsnebenbezuges die Rechtsvermuthung ſpreche, wird dadurch widerlegt, daß in dem Regulative von 1810, alſo ehe Kläger überhaupt noch durch ſeine erſt im Jahre 1812 erfolgte Anſtellung im äußern Zolldienſte ein Klage- oder Foderungsrecht erhielt, ausgeſprochen iſt, daß dieſe Hauszinsbeiträge nicht zum ſtändigen Gehalte gehören ſollen, ſondern vielmehr gerade nach der Größe des ſtändigen Gehaltes — der alſo nothwendig ſelbſtſtändig davon beſtehen muß — berechnet werden ſollen.

Die Behauptung, daß das Staats-Miniſterium der Finanzen und die Generalzolladminiſtration dieſe Hauszins-Beiträge als ſtändigen Gehalt betrachtet haben, iſt zum Theile

Bayerische Staatsbibliothek München

nicht erwiesen, denn die bezüglich einzelner Individuen erlassene Ministerialentschließung erweiset, wenn sie auch im Originale producirt worden wäre, jene Behauptungen durchaus nicht, da aus deren ganzen Inhalte hervorgeht, daß die Belassung des früheren Geldbezuges entweder in einem Acte der Gnade, oder darin seinen Grund hatte, daß die zur Centralstelle Einberufenen noch ihre frühere Diensteseigenschaft beibehalten hatten; dann würde eine solche Anerkennung im Gegenhalte zu der bestimmten Anordnung des von der competenten Gewalt nicht abgeänderten Regulatives von 1810, wonach diese Beiträge, gesondert vom ständigen Gehalte gedacht werden müssen, von keinem Gewichte seyn, weil das Finanz-Ministerium für sich die Eigenschaft des Gehaltes zu ändern nicht befugt ist.

Daß dem Versetzten der ständige Geldgehalt gelassen wurde, hat im § 20. der Beil. IX. zur Ver.-Urk. seinen Grund, und berechtiget durchaus nicht zu dem Schluße, daß ihm auch der bloß für die äußern Zollbeamten festgesetzte Hauszinsbeitrag hätte belassen werden müssen.

Die von dem Generalzolladministrationsrathe von D., auf welchen die bei Controleur W. gewürdigten Verhältnisse durchaus keine Anwendung finden, unterm 13. März 1832 angestellte Klage erscheint demnach ungegründet, wenn gleich nach den behaupteten Ansichten der Administrativstellen nicht frivol.

Den 14. Mai 1833.

29.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache des kön. Generalzolladministrations-Rathes Peter von D. zu M. wider den kön. Fiscus, wegen Miethzinsvergütung, zu Recht:

Bayerische Staatsbibliothek München

„Daß der königl. Fiscus verbunden sey, dem Kläger ꝛc.
„v. D. auf die Zeit vom 1. Oct. 1819 bis zum letz-
„ten Juni 1828, den jährlichen Abzug zu 48 fl. am
„Hausmiethzinsbeitrag nachzubezahlen, dann vom 1.
„Juli 1828 an den jährlichen Hauszinsbeitrag von
„198 fl. zu vergüten, und ferner weit zu bezahlen.“

Die Kosten beider Instanzen werden unter den Partheien compensirt, jedoch ist der den kön. Fiscus treffende Antheil an den Gerichtskosten außer Ansatz zu lassen.

Entscheidungs-Gründe.

Nach Lage der Acten muß als richtig angenommen werden, daß der Kläger ꝛc. von D. im Jahre 1812 zum Oberinspector der Zollinspection K. bestellt und im Jahre 1827 zum Generalzolladministrationsrath ernannt wurde. Ebenso ist rechtlich nicht daran zu zweifeln, daß ihm mittelst allerhöchsten Rescripts vom 26. Juli und 4. December 1817 als Mauth-Oberinspector ein jährlicher Hauszinsbeitrag von 198 fl. bewilliget wurde. Dieß geht aus der Entschließung der königlichen Generalzoll- und Mauthdirection vom 12. December 1817 klar hervor, welche Entschließung der Kläger seiner Klage in Abschrift beilegte, und die von dem königl. Fiscus nicht beanständet wurde, so daß sie für stillschweigend anerkannt zu achten ist.

Sonach ist rechtlich festgestellt, daß der Kläger im Jahre 1817, also zur Zeit der damals noch bestandenen Wirksamkeit der Dienstpragmatik vom 1. Jänner 1803, außer einer freien Geldbesoldung, nach einem jährlichen Hauszinsbeitrag von erwähnter Summe, nach allerhöchster Bestimmung zu beziehen hatte.

Demnächst gehörte dieser Hauszinsbeitrag, man mag ihn zu dem Standes- oder Dienstgehalte rechnen, offenbar jedenfalls zu dem Gesammtgehalte des Klägers, als damaligen Oberzollinspectors, und sein Anspruch auf jenen Beitrag wurde schon rechtsgenügend durch die allegirten allerhöchsten Rescripte begründet. Nun können nach dem § XI. der erwähnten Dienstpragmatik einem Staatsdiener die Function und der Dienst-

gehalt in Folge einer administrativen Erwägung, oder einer organischen Verfügung nur mittelst Dimission oder Quiescirung entzogen werden, und auch dann verlieren die Staatsdiener nach §. XII. ibid. nur den Functionsgehalt. Es ist aber der Kläger weder dimittirt noch quiescirt worden, folglich konnte und kann auch demselben an seinem Gehalte nichts entzogen werden.

Für diese Rechtswahrheit spricht auch noch der §. XIII. a. a. O., welcher bestimmt, daß die locale Versetzung eines Dieners niemals, weder eine Zurücksetzung in Beziehung auf die Diensteskasse, noch eine Beschädigung in Beziehung auf den Gesammtgehalt seyn dürfe.

Aus dem Geiste dieser Gesetze folgt unfehlbar, daß auch ein Staatsdiener nicht durch Versetzung in eine höhere Diensteskasse an seinem Gesammtgehalte beschädiget werden dürfe.

An dem aufgestellten Rechtssatze wird

1. dadurch nichts geändert, daß in jenen allerhöchsten Rescripten vom Jahre 1817 nicht ausdrücklich gesagt ist, daß dem Kläger jener jährliche Hauszinsbeitrag in ständiger Eigenschaft, und als ein den Gesammtbesoldungsbezug ergänzender Bestandtheil verliehen werde. Denn der Dienst des Klägers, als Oberzollinspectors gehörte, seiner Natur nach, zu den ständigen und keineswegs zu den vorübergehenden Staatsdiensten, welche nur ein Auftragsrescript erfordern; und die Eigenschaft der Fort- oder Nichtfortdauer des Gehaltes eines Bediensteten richtet sich, wie aus der genauen Verbindung des Amts mit der Subsistenz des Beamten schon hervorgeht, nach der fortdauernden Beschaffenheit des Dienstes selbst.

Gerade daraus, daß kein Zeitraum für die Verwaltung eines Amtes festgesetzt wird, ergibt sich nach richtigen Rechtsprincipien, daß der Staatsdienst auf Zeitlebens verliehen wurde; und so wie hieraus Unwiderruflichkeit des mit einer unwiderruflichen Anstellung verbundenen Gehaltes entstehet, so gilt auch dieß von einer, durch das Staatsoberhaupt dem Angestellten rücksichtlich seines Amtes später verliehenen Gehaltsvermehrung.

2. Es erhellet nicht aus den Acten, und wurde auch nicht excipirt, daß dem Kläger der fragliche Hauszinsbeitrag bloß als ein Aversionalquantum für später hinwegfallende außerordentliche Dienstbedürfnisse, oder für besondere Dienstverwendungen, nämlich zur Haltung eines eigenen Amtslocales ohne Rücksicht auf seine eigenen und seiner Familie persönlichen Bedürfnisse verliehen worden sey; und daß der Kläger, nachdem er zu einer Centralverwaltung in M. versetzt wurde, eben so gut, wie auswärts für sich und seine etwa vorhandene Familie am letzt benannten Orte eine Wohnung haben, und miethen mußte und müße, ist von selbst klar.

3. Daß der Kläger das kön. allerhöchste Rescript vom 22. Jänner 1812, durch welches er nach seiner Klage zum Oberinspector der Zollinspection K. befördert wurde, nicht beigebracht hat, relevirt hiebei nichts, da der kön. Fiscus seine Qualität eines vormaligen kön. Oberzollinspectors nicht in Abrede gestellt hat, und die Entschließung der kön. Generalzoll- und Mauthdirection vom 12. December 1817 ihn ausdrücklich als Mauthoberinspector anerkannte.

4. Das jus quaesitum auf den streitigen Hauszinsbeitrag erlangte der Kläger von der, in jenem allerhöchsten Rescripte bestimmter Zeit, also vom 1. Juli 1817 an; und eben deßhalb konnte ihm auch an solchem durch kein späteres Gesetz, oder Regulativ ein Abbruch geschehen.

Übrigens gestand der kön. Fiscus in seinem Duplikssatze selbst zu, daß in dem Formationsrescripte vom 20. Jänner 1827 den bereits angestellten, oder eine neue Bestimmung erhaltenden Beamten ihre frühere decretmäßige Besoldung vorbehalten wurde.

5. Der kön. Fiscus spricht zwar in seiner Appellations-Nebenverantwortung von einem Regulativ vom Jahre 1810, welches aussprechen soll, daß die Hauszinsbeiträge nicht zum ständigen Gehalte gehörten, und schon vorher hatte der erste Richter in seinem Erkenntnisse von einem deßfallsigen Regulativ vom Jahre 1810 gesprochen.

Der Kläger bemerkte aber in seinem Appellationslibelle, daß ein Regulativ vom Jahre 1810 gar nicht existire, und

daß der vorige Richter das hieher nicht bezügliche Hauszins-Regulativ vom 18. October 1808 gemeint haben möge, und der kön. Fiscus hat mit gedacht seiner Nebenverantwortung, dieser Erklärung des von D. ungeachtet, kein Regulativ vom Jahre 1810 beigebracht.

Dazu kommt noch,

a) daß weder der Kläger, noch der Beklagte in erster Instanz ein Regulativ von jenem Jahre allegirt hat, noch weniger wurde von dem kön. Fiscus excipirt, oder auch nur in der Duplik vorgebracht, daß durch irgend ein Regulativ vor dem Jahre 1812 oder 1817 ausgesprochen sey, daß die Hauszinsbeiträge der Oberzollinspectoren nicht ständig oder widerruflich seyn sollten; weßhalb auch das Vorbringen in der Appellationsnebenverantwortung, daß das Regulativ vom Jahre 1810 ausspreche, daß die Hauszinsbeiträge nicht zum ständigen Gehalte gehörten, verspätet und sonach unzuläßig erscheint.

b) Enthält die von der kön. Central-Zoll- und Mauth-Direction dem Kläger ertheilte Notification von der Bestimmung jener allerhöchsten Rescripte vom 12. Dez. 1817 nirgend eine Beschränkung der allerhöchsten Bewilligung oder eine Hinweisung auf irgend ein Regulativ; und daß jene Notification etwas anderes oder weniger in sich fasse, als die Rescripte selbst, hat das kön. Fiscalat weder behauptet, noch weniger durch die Beibringung der Rescripte selbst begründet. In der Erklärung des fiscalischen Exceptionssatzes, daß den äußeren Bediensteten ein Hauszinsbeitrag oder eine freie Wohnung niemals in den einschlägigen allerhöchsten Rescripten, als ein, mit der Besoldung eingerechneter Theil des Gesammtbezuges normirt, sondern lediglich zu der fixirten Besoldung als Nebenbezug aus Verhältnissen des äußern Dienstes ausgesprochen worden, liegt weder die Behauptung eines ausdrücklichen Ausschlusses von dem Miethzinsgenuß bei anderweitigen Dispositionen über einen auswärts Bediensteten, noch wurde, wie erfoderlich, ein solcher specieler Ausschluß mit bestimmter Angabe der solchen begründenden Thatumstände nach Zeit und Verhältniß in Hinsicht des Klägers behauptet, noch ein deß-

falls etwa besonders ergangenes, den Kläger vielleicht bindendes, allerhöchstes Rescript allegirt, noch Behufs nöthiger richterlicher Prüfung beigebracht, worauf schon nach der obigen Bemerkung, daß jene Notification keine Beschränkung der allerhöchsten Bewilligung enthält, nicht eingegangen werden dürfte, wenn ein solches Rescript wirklich existirt hätte.

c) Das von dem Kläger mit seinem Appellationslibelle in vidimirter copia copiae überreichte Regulativ vom 18. October 1818 spricht übrigens gar nicht von Oberinspectoren und Inspectionsindividuen.

6. Endlich steht auch dem Kläger nicht der Einwand des Verzichts entgegen. Ein stillschweigender Verzicht setzt eine solche Handlung voraus, welche entweder durch das Gesetz selbst, oder nach dem gemeinen Weltgebrauch für eine Begebung aufgenommen wird.

Cod. civ. IV. 15. § 10. Nr. 4. et in not. Nr. 1. lit. b.

Nun sichern die Gesetze den Staatsdienern zu, daß sie durch eine Versetzung oder Beförderung an ihrem Gesammtgehalte nichts verlieren sollen. Wenn daher in einem solchen Falle, wo der bereits Bedienstete durch Versetzung oder Beförderung in eine höhere Dienstklasse an seinem Gesammtgehalte verlieren würde, derselbe dem Rufe des Staatsoberhaupts, in Gehorsam und ohne Widerrede oder ohne Vorbehalt seiner Rechte, sofort nachkömmt, so kann keineswegs nach gemeinem Weltgebrauch und sonach nicht mit genügenden Gründen daraus gefolgert werden, daß er durch diese Folgeleistung auf das, neben seiner Beförderung bestehende Recht der Entschädigung, Verzicht geleistet habe.

Demnach gebührt allerdings dem Kläger v. D. der Ersatz dessen, was ihm an seinem Gesammtgehalte bisher entgangen ist, desgleichen hat an ihn die weitere Ausbezahlung des Hauszinsbeitrages zu geschehen.

Er behauptet nun, vom 1. Oct. 1819 an, bis zum letzten Juni 1828, anstatt der 198 fl. jährlich nur 150 fl., also jährlich 48 fl. zu wenig, und vom 1. Juli 1828 an, gar keine Hauszinsvergütung mehr empfangen zu haben, und der kön. Fiscus hat eine Bezahlung dieser Rückstände nicht behauptet,

und auch nicht excipirt, daß seine jetzige Besoldung seinem früheren Gesammtgehalte gleichkomme.

Deßhalb mußte denn, wie im Urtheile geschehen ist, die Verurtheilung des kön. Fiscus in den Ersatz des Rückstandes und in die Fortbezahlung des jährlichen Hauszinsbeitrages von 198 fl. ausgesprochen werden.

Die sonach erfolgende Abänderung des erstrichterlichen Erkenntnisses hat rechtlich die Compensation der Kosten der ersten und zweiten Instanz unter den Partheien zur Folge.

München, den 11. Juli 1834.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

In Abwesenheit des königl. Präsidenten.

(L. S.) Frhr. v. Freyberg, Director.

Frankl, Secr.

30.

De consensu tacito et praesumto.

Im Namen ꝛc.

Das königliche Appellations-Gericht des ***Kreises erkennt in Sachen des N. N. gegen N. N. und seine Gattin pct. emti venditi modo consensus conjugalis aus nachfolgenden Erwägungen reformando sententiam I^mae d. d. 24. Oct. 1813 et publ. 17. Jän. h. a. zu Recht,

Daß Kläger schuldig und gehalten seyn soll, salva reprobatione sub termin. 30 Tagen rechtlicher Ordnung nach zu erweisen, daß die Gattin des Beklagten ihre volle Zufriedenheit über den in Streit stehenden Ankauf des Brauanwesens geäußert habe.

Suspensis interim expensis I^mae et II^dae compensatis.

Entscheidungs-Gründe.

1. Actenmäßig und unwidersprochen ist es von Seite des Klägers, daß sich die ehefräuliche Einwilligung zu dem in Frage stehenden Anwesenskauf, ab Seite des Beklagten ausdrücklich unter dem 15. Sept. 1806 vorbehalten, und zwar als eine conditio sine qua non und als eine clausula cassatoria vertragsmäßig vorbehalten und ausbedungen wurde.

2. Wurde ferners durch den am 17. Sept. 1806 abgeschlossenen Kaufscontract resp. Nachtrag keineswegs die obere frühere vom 15. September ejusdem anni aufgehoben, sondern vielmehr bestimmt von den Contrahenten sich selbst hierauf als Haupthandlung bezogen.

3. Selbst wenn die Einwilligung der beklagten Ehegattin zum fraglichen Kaufe gesetzlich nicht nothwendig wäre, so konnte doch dieses in substrato vom Gerichtshofe nicht ausgesprochen werden, weil nun einmal diese ehefräuliche Einwilligung ausdrücklich pactirt, und zwar als conditio resolutiva pactirt wurde; pacta autem dant legem contractibus.

4. Ist sowohl durch das kön. Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 30. März 1811 als auch durch jenes vom 11. Dez. 1812, sohin wiederholt judicatmäßig ausgesprochen, daß zur Rechtsgiltigkeit der in Frage stehenden Kaufshandlung die ehefräuliche Einwilligung nothwendig sey, weil ja das königl. Appellationsgericht außerdessen nicht vor allem die Frage über diese Einwilligung der Gattin, in prima zu instruiren und zu verbescheiden hätte erkennen können.

5. Ist die Unerlässigkeit dieser Einwilligung zum abgeschlossenen Kaufe auch in specie durch den zweiten Entscheidungsgrund des dießortigen Erkenntnisses vom 30. März 1811 ausgesprochen: wo es pr. formalia heißt: „Ist die Frage, ob die Einwilligung der Gattin erfoderlich sey, oder nicht, präjudicieler Natur, wovon seiner Zeit die Entscheidung der Frage, ob der ganze Kauf existire oder nicht? immediate abhänge. —

6. Gehört zu den Hauptrequisiten einer jeden Convention besonders des Kaufs-Contracts, zufolge Cod. civ. p. 4. cap.

1. § 5. Consensus contrahentium et quidem non solum obligatorius, verus, et perfectus, sed etiam mutuus, declaratus aut tacitus.

7. Werden nach cod. civ. loc. cit. nro. 6. in not. zu dem stillschweigenden Consens solche Facta erfodert, aus welchen man denselben sicher schließen kann.

8. Kann und darf der canonische Grundsatz tacens consentire videtur nach cod. civ. loc. cit. nr. 6. in not. nur dann seine Anwendung finden, wo das Stillschweigen per legem specialem pro consensu angenommen ist, z. B. bei der Renuntiation auf das Einstandrecht cod. civ. p. 4. cap. 5. § 13. nr. 4. bei der stillschweigenden Miethcontracts-Fortsetzung cod. civ. loc. cit. cap. VI. § 19. bei der stillschweigenden Vollmacht cod. civ. loc. cit. cap. IX. § 2. etc.

9. Kann und darf der tacitus consensus niemals über das Factum weiter ausgedehnt werden, cod. civ. p. 4. c. 1. § 5. nr. 6. in not.

Nun besteht das Factum der beklagten Ehegattin bloß darin, daß sie mit ihrem Gatten nach G. zog, und daselbst mit selbem bis zur Stunde hauset, woraus judex I^mae den consensum tacitum zur Kaufshandlung selbst folgert. Allein da selbe übereinstimmend mit ihrem Mann behauptet, daß selber nur jure retentionis seines ausgelegten Kaufschillings-Theils, Besitz von dem Anwesen nahm, und daß sie sich gegen den Willen ihres Mannes von selbem nicht trennen durfte, sondern ihm gesetzlich folgen mußte, so kann der tacitus consensus der Beklagten in höchstens nur auf dieses Factum der Besitzergreifung ihres Mannes jure retentionis, indem sie dagegen keine Protestation einlegte, präsumirt, nicht aber auf die Kaufshandlung, als ein ganz anderes Factum gefolgert werden.

10. Verordnet Codex civ. p. 4. cap. 1. § 5. nr. 6. in not. per formalia. Man muß nach Consensum tacitum mit dem praesumto vel ficto nicht verwechseln, denn der letztere ist derjenige, welchen das Gesetz auch in ignorantibus aut invitis ex aequitate supplirt z. B. bei Anwendung der legis Rhodia de jactu etc.

Nun fodert aber das Gesetz cod. civ. p. 4. c. 1. §5. bei Contracten, besonders bei contractibus nominatis consensum expressum aut tacitum satis declaratum, und es kann demnach in subtracto von einem bloß praesumto vel ficto gar keine Rede seyn.

11. Ist im vorliegenden Falle das Interesse der beiden Eheleute gemeinschaftlich, und nicht sich einander entgegengesetzt; daher sie beide ein und derselbe Rechtsanwalt gesetzlich vertreten konnte und durfte, und endlich

12. verordnet das Gesetz cod. jud. c. 9. §1., daß der Asserent seine Asserta erweisen müsse. Nun behaupten die Kläger in Replicis ausdrücklich, die Beklagte habe alle Zufriedenheit über den Kauf geäußert, ja sogar versprochen, ihnen ein wohl eingerichtetes Zimmer für immer in Bereitschaft zu halten ꝛc. Dieselben müssen demnach diese angebliche volle Zufriedenheitsäußerungen der Gattin als eine res facti, beweisen. Übrigens

13. Was den Kostenpunct betrifft, so rechtfertiget sich der Ausspruch hierüber dadurch, daß zur Zeit noch nicht definitiv erkannt wird, und die beiden Appellationen nicht muthwillig erscheinen, sondern durch das erstrichterliche Erkenntniß mit Grund veranlaßt wurden.

Den 24. Dec. 1814.

Kön. Appellations-Gericht für den *** Kreis.

31.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des N. N. gegen die N. N.'schen Eheleute, einen Kaufvertrag betreffend, zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den

***Kreis d. d. 24. Dec. 1814 et publ. 19. Jän. 1815 in der Art, daß Kläger schuldig sey, innerhalb 30 Tagen vorbehaltlich des Gegenbeweises, besser als geschehen zu beweisen, daß die Ehefrau des Beklagten dem Kaufvertrage vom 15. Sept. 1806 ihre Genehmigung ertheilt habe, suspensis interim expensis.

Die Appellanten werden in eine Succumbenztaxe von 6 Thalern verurtheilt.

Entscheidungs = Gründe.

Durch das rechtskräftige appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 30. März 1811 ist bereits ausgesprochen, daß die Einwilligung der beklagten Ehefrau in den am 15. Sept. 1806 abgeschlossenen und am 17. ejusdem erweiterten Kaufvertrag zur Giltigkeit desselben nothwendig sey, und es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß dieselbe aus der diesem Vertrage in Betreff ihrer Genehmigung beigesetzten Klausel nach cod. civ. p. 4. cap. 1. § 13. nro. 2. wirkliche Rechte erworben hat. Die Frage ist daher bloß, ob sie ihren Consens bereits ertheilt hat?

Nun kann zwar derselbe nach cod. civ. l. c. § 5. Nr. 5. 6. und den Anmerkungen Nr. 6. durch Worte oder durch allgemein verständliche Zeichen oder durch Handlungen erklärt werden, welche über die Absicht des Handelnden keinen Zweifel übrig lassen, und es haben in dieser Beziehung die Kläger angeführt,

1. daß die Ehefrau des Beklagten im Jahre 1806 das erkaufte Anwesen gemeinschaftlich mit ihrem Ehemann bezogen habe,
2. dasselbe noch jetzt bewirthschafte,
3. bei Erlegung der ersten Kaufschillingsfristen mit anwesend gewesen sey, für sie ein Zimmer in G. bereit zu halten versprochen, und mit dem Kaufe ihre volle Zufriedenheit bezeugt habe. Indessen haben sie gleichwohl bis jetzt die ertheilte Genehmigung nicht vollständig erwiesen; denn

ad 1. et 2., hat die Ehefrau des Beklagten vorgegeben, daß sie ihren Ehemann nicht habe verlassen können, daß derselbe ohne ihr Wissen und Willen die ersten Kaufschillingsfristen bezahlt habe, und sie daher genöthigt gewesen sey, das Anwesen zu beziehen, um wegen derer Zurückfoderung ein Retentions-Recht ausüben zu können.

ad 3. gesteht sie zwar bei der Extradition mit anwesend gewesen zu seyn, belegt aber alles übrige Vorbringen der Kläger folglich auch den wichtigen Umstand, daß sie bei Erlegung der ersten Kaufschillingsgelder mit anwesend gewesen sey mit generelem Widerspruche.

Da nun bis jetzt nicht erhoben ist, wann jene Fristen bezahlt wurden, ob solches bei der Extradition des Anwesens oder vor oder nach derselben geschah, ob die Beklagte bei Zahlung desselben zugegen war, oder nicht, so kann der Consens oder was gleichviel ist, die Genehmigung noch nicht ausdrücklich, oder stillschweigend ertheilt betrachtet, sondern es mußte den Kläger, welchen den Beweis freiwillig anticipirte, ein besserer Beweis vorbehalten, daher so, wie geschehen erkannt werden.

München, den 3. Mai 1815.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Frankl.

32.

Erkenntniß.

Das kön. Appellationsgericht für den *** Kreis

Erkennt in Streitsachen der Anton S.-schen Bräumeisters Eheleute von F. gegen den

Bei einem Kaufe, welchen das Eheweib

mit und neben ihrem Ehemanne schließt, bedarf es keiner Certioration und Verzichtleistung.

von L., Gutsbesitzer zu F. wegen Schuld aus einem Kaufe zu Recht, und bestättiget ꝛc. ꝛc.

Entscheidungs-Gründe.

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Endlich ist

e) der vorgeschützte Mangel der Certioration von keiner Erheblichkeit; denn der Grund, warum das Gesetz die Certioration des Eheweibes befiehlt, liegt darin, das ehefräuliche Gut, wo möglich zu sichern, d. h. vor Schaden zu bewahren. Da also, wo durch einen Contract, welchen das Eheweib neben ihrem Ehemanne mit einem Dritten eingehet, das ehefräuliche Gut mit angegriffen wird, oder werden konnte, ist eine Certioration am rechten Platze, nicht aber da, wo mit der *Dos* etwas zum Nutzen der Ehefrau erworben wird.

Wenn daher das Gesetz cod. civ. P. I. cap. 6. § 33. et in not. Nro. 1 und 2 im allgemeinen ausspricht, daß coobligatio uxoris sine certioratione ungültig sey, so kann dieser Begriff nicht so allgemein gestellt seyn, als wäre certioratio in allen Contracten unumgänglich nothwendig, und als würde gar kein Contract eine verbindliche Wirkung für die Ehefrau äußern; denn in diesem Falle wäre es dann nicht nöthig gewesen, speciele Fälle aufzuführen, wo eine Certioration nothwendig sey, wie das Gesetz bei Bürgschaften, Schuldverschreibungen, und in Erbschaftsverzichten bestimmt. Cod. civ. P. I. cap. 6. § 34. P. III. c. 11. § 2. Nro. 3.

Dieses geht auch noch genauer aus der Gesetzesstelle cod. civ. p. 4. cap. 1. § 7. Nro. 4. hervor, denn dort heißt es — Conventionen — worunter auch unstreitig der Kaufscontract gehört, — können ohne besondere Zierlichkeiten geschlossen werden, und es bedarf der Certioration — und Erinnerung der hierin enthaltenen Rechtspflichten um Wohlthaten nicht, ausgenommen, so viel die in denen Rechten specialiter benannten Fälle betrifft. Wäre also bei Käufen, wo die Ehefrau als Mitkäuferinn erscheint, Certioration unumgängliche Nothwendigkeit, so müßte nach Inhalt dieses Gesetzes bei der Lehre über den Kauf verordnet seyn, daß derselbe für

die Ehefrau als Mitkäuferinn ohne Certioration wirkungslos sey, d. h. keine Verbindlichkeit erzeuge; nun aber ist solches dort nicht verordnet, es ist also der Kaufscontract, wo das Eheweib als Mitkäuferinn auftritt, bezüglich der Haftungsverbindlichkeit an den Gebkäufer nicht an die Certioration gebunden, weil sonst nach der allegirten Gesetzesstelle die Ausnahme resp. Vornahme der Certioration befohlen seyn müßte. In Concreto schlägt aber diese Einrede um so weniger an, als cod. civ. P. I. cap. 6. § 33. Nro. 2. verordnet, daß die Ehefrau auch dann zu haften habe, wenn das Geld zu ihrem eigenen Nutzen verwendet worden ist, um wie viel mehr muß sich also die Haftungsverbindlichkeit der Ehefrau ohne Certioration äußern, wenn sie, wie behauptet wird, mit eigenem Gelde kauft, nnd dadurch eine eigenthümliche Sache sich erwirbt, ihr also nicht mehr geschieht, als sie selbst will; doch abgesehen von dem allen, so kann Anna S. diese Einrede nicht einmal geltend machen, denn in der Kaufsurkunde kommt kein Wort davon vor, daß sie als Eheweib des S. mitkaufte, sondern es steht dort nur aufgeführt: Anton S. und mit ihm Anna W., Gütlerstochter schließen folgenden Kaufsvertrag ꝛc. ꝛc.

Da aber das Gesetz nur den Ehefrauen, und keineswegs aber den Bräuten die besondern Wirkungen der nicht gehörigen Certioration zu Guten schreibt, so war dieser Umstand ex officio zu berücksichtigen, und da die Urkunde sie deutlich, als Mitkäuferinn aufführt, so ist sie auch verbunden, den Contract mitzuerfüllen.

Am 12. Jänner 1829.

33.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

In Sachen des Gr. von H. zu E. et Consl. contra Fiscum pct. provocat. ex lege

Die Provocatio ex l. diff. ist nur ein sub-

ſdiäres Rechts-mittel.

diffamari erkennt das ꝛc. ꝛc. auf erſtatteten Vortrag zu Recht:

daß die Provocation des Gr. v. H. nicht ſtatt finde; Provokanten jedoch unbenommen bleibe, eine geeignete Klage im Betreffe der gefoderten Ritterpferdeablöſungstaxe, wenn ſie ſich damit auszulangen getrauen, gegen den kön. Fiscus zu erheben.

Die Koſten des Proceſſes haben Provocanten zu tragen.

Gründe.

In der Hauptſache kommt es hier darauf an, ob die provocat. ex lege diffamari überhaupt im vorliegenden Falle Platz greifen kann. Nun kann eine Auffoderung zur Klage keinen andern Zweck haben, als den, der Anſprüche gegen unſere Ehre und Güter zu haben ſich rühmt, und ſie gegen uns ſelbſt auszuführen unterläßt, zu vermüßigen, daß er entweder rechtskräftig erkläre, keine ſolchen Anſprüche zu haben, oder daß er dieſe dem gehörigen Richter vorlege, und von ihm entſcheiden laſſe, da Jedem daran liegt, mit ſeinem Eigenthume und Vermögen im Reinen zu ſeyn, und deſſen ruhigen und ungeſtörten Genuß zu führen.

Da indeſſen es ebenſo in der Natur der Dinge liegt, daß in der Regel Niemand zum Klagen gezwungen werden kann, ſo erſcheint die Provocation allerdings als ein außerordentliches Rechtsmittel, entbehrlich für den, dem zur Sicherung ſeiner Rechte andere erkleckliche Mittel zu Gebote ſtehen, der ſelbſt klagen kann. Gönner Hdb. Abth. 49. nr. 10.

Es iſt ein allgemein anerkannter Rechtsgrundſatz, daß derjenige, der ſelbſt klagen kann, ſich der Provocation nicht bedienen darf, nm den Gerichtsſtand, die Stellung der Partheien, Beweislaſt und Rechtsmittel zu verdrehen, und die Auffoderungen als etwas außerordentliches, haben daher auf eine Begünſtigung keinen Anſpruch.

Die bayer. Gerichtsordnung beſtimmt nichts den Grundſätzen des gemeinen Rechts conträres, auch ſie verlangt zur Stattgebung des Diffamations-Proceſſes, daß Jemand Anſprüche gegen uns im Hinterhalte habe, ſie geht alſo von

eben demselben Hauptsatze aus, den das allgemeine Recht zum Grunde legt, und was in den Anmerkungen lit. c. vorkommt, ändert in der Ansicht nichts. Der Commentar bemerkt nur, es sey ein Irrthum, wenn viele Rechtslehrer glaubten, nur dann finde eine Provocation statt, wenn Jemand an seiner Ehre angegriffen worden; denn die Provocation habe auch in allen andern Sachen, wie wir durch Diffamation an unsern Gütern oder Rechten benachtheiligt werden wollen, Platz, und in dieser Beziehung werde die Provocation ein remedium amplissimum et tutissimum genannt.

Hieraus kann aber keineswegs gefolgert werden, daß man zu aller Zeit und unter allen Umständen provociren könne, somit auch dann des außerordentlichen Rechtsmittels der Ausnahme von der Regel sich bedienen dürfe, wenn ein ordentliches Mittel das Recht zu schützen vorhanden ist; denn durch eine solche Folgerung würde offenbar ein Hauptaxiom des deutschen und bayerischen Processes, daß in der Regel Niemand zur Klage angehalten werden soll, vernichtet werden.

Man muß rechtlich aufgefodert seyn, wenn man zur Klage soll gezwungen werden können, und rechtlich ist keine Auffoderung, durch welche mit Umgehung des ordentlichen Rechtsmittels ein außerordentliches ergriffen, die Ausnahme zur Regel gemacht, die natürliche Ordnung der Dinge verdreht werden will.

Im vorliegenden Falle ist der kön. Fiscus mit keinen Ansprüchen im Hinterhalte, die Foderung ist von ihm bereits gemacht, und er kann nur dadurch gehindert werden, sie mit Gewalt zu realisiren, daß von Seite der Provocanten der richterliche Schutz angerufen wird.

Dieses setzt jedoch eine Klage über Rechtsverletzung voraus; eine solche Klage kann aber nur da angebracht werden, wo der Beklagte seinen ordentlichen Gerichtsstand hat. — Die Provocanten räumen in ihrer Klage selbst ein,

daß sie in Kriegen, welche in das Land eindringen, ein für allemal herkömmlich 80 fl. zu bezahlen haben,

sie finden sich auch nur dadurch beschwert, daß

der königl. Fiscus diese Abgabe in jährliche Prästationen umwandeln will.

Um die Ansprüche des kön. Fiscus abzuwenden, ist nun aber eine Provocations-Klage an sich nicht zulässig, zumal die Schuldigkeit zu Kriegs-Beiträgen, die unter dem Namen Ritterpferdstellung, oder Ritterpferds-Ablösungstaxe zwischen dem Lehenherrn und Lehenmann hergebracht, in deren Besitz demnach der kön. Fiscus ist, und Ritterpferds-Ablösungstaxen-Surrogate für den Lehendienst sind, dergleichen Surrogate aber sowohl jure communi, als nach den ältern bayerischen Lehenrechten ad naturalia feudi gehören, und das in concreto zur Anwendung kommende Lehenedict vom Jahre 1808 § 80. 81. der Lehenpferds-Ablösungstaxe die Eigenschaft eines Lehendienstes ebenfalls beilegt, und eine Befreiung von den Klägern nicht nur nicht behauptet werden konnte, sondern vielmehr die Verbindlichkeit zum Lehendienst durch Bezahlung einer bestimmten Summe zugestanden wurde.

Unrichtig ist die Behauptung, daß die Ritterguts-Ablösungstaxen eine Species der Grunddienstbarkeit sey; denn diese Abgabe vertritt die Stelle persönlicher Dienstleistung, welche aus dem Verhältnisse des Lehenmannes zu dem Lehenherrn sich herschreibt, und es finden daher diejenigen Bestimmungen hierauf keine Anwendung, welche die Provocanten als eine ordentliche Klage hindernd allegirt haben.

Aus vorstehenden Gründen mußte in der Hauptsache, wie geschehen, erkannt, und gemäß cap. XVII. § 4. cod. jud. die Provocanten in die Kosten verurtheilt werden.

Den 11. August 1823.

34.
Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Eine Provocationsklage findet nicht statt, wenn der Provocant als Kläger auftreten kann.

Erkennen in der Streitsache des quiescirten Hofgerichts-Raths Frhr. v. L. gegen den königl. Fiscus, Provocation zur Klage betreffend, zu Recht:

Daß die von Frhrn. v. L. gegen den kön. Fiscus übergebene Provocationsklage nicht statt finde.

Gründe.

1. Provocationen sind subsidiäre und außerordentliche Rechtsmittel sohin unstatthaft, wenn der Provocant selbst seine Freiheit von fremden Ansprüchen als Kläger verfechten kann; nun hat Frhr. v. L. in seiner Provocations-Klage angeführt, daß das Rentamt N. das Handlohn von der von ihm verkauften Fichten-Mühle zu D. bereits gefodert habe, obgleich die fragliche Fichtenmühle sein freies Eigenthum sey. Diese behauptete Freiheit des Grundeigenthums der Fichten-Mühle kann demnach L. durch eine eigene, ordentliche Klage verfechten, und dadurch seine Absicht so vollständig erreichen, als er es nur immer verlangen kann.

Schon in dieser Erwägung hat also eine Provocationsklage des Frhrn. v. L. nicht statt, abgesehen aber auch hievon, so wird

2. zur Provocationsklage nur vorausgesetzt, daß derjenige, welcher provocirt wird, hinsichtlich dessen, welcher provocirt, eines Anspruches auf Güter, Rechte, Gerechtigkeiten ꝛc. sich rühmet; im vorliegenden Falle aber hat, nach der eigenen Provocationsklage des Frhrn v. L. das kön. Rentamt N. den Handlohn von der Fichtenmühle schon wirklich gefodert; den gesetzlichen Bestimmungen gemäß (Ger.-Ord. cap. 4. § 5.) erscheint daher vorliegende Provocationsklage auch in dieser

Beziehung unstatthaft; es mußte daher mit Abänderung des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 20. Sept. 1830, wie geschehen, erkannt werden.

München, am 19. August 1831.

v. Ritter, Präsident.

Faber.

35.

Provocatio:

Forum derselben.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Ertheilen dem kön. Fiscus in der Rechtssache desselben gegen Andreas K. et Cons., Rechstreu, jetzt Provocation und Competenz des Gerichtes betreffend, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungs-Nothfrist, und erkennen in der Hauptsache zu Recht:

Daß Andrä K. und Consorten mit ihrer gegen den kön. Fiscus eingereichten Provocation von dem kön. Appellations-Gerichte des *** Kreises zurück, und an das in erster Instanz zuständige Gericht zu verweisen seyen. Die auf diesen Gegenstand bisher ergangenen Kosten werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

II. In der Hauptsache beschwert sich der königl. Fiscus darüber, daß

a) das kön. Appellations-Gericht sich in dieser Sache als competent erklärt habe, und

b) daß ihm auf die Provocation des K. und Consorten ein präjudicieler Termin zur Stellung der petitorischen Klage vorgesetzt worden sey.

Ad a) Der Bestimmung cod. jud. cap. 4. § 5. gemäß, muß die Provocation vor dem in der Hauptsache zuständigen Richter angebracht werden. Dieser Richter erster Instanz ist aber in dem gegebenen Falle nicht das App.-Ger., sondern das einschlägige kön. Landgericht.

Zwar wurde in Ansehung des streitigen Rechts bereits die Spolienklage vor dem königl. Appellations-Gerichte verhandelt und entschieden, weil damals der kön. Fiscus als Beklagter auftrat. Allein in dem künftigen petitorischen Proceß sollten nach dem Antrage der Provocanten diese letztern die Stelle der Beklagten übernehmen, es muß sohin das in Bezug auf die Provocanten zuständige Forum angegangen werden.

Die L. 10. cod. de judiciis, welche eigentlich nur die gleichzeitige Verhandlung zusammengehörender Sachen vor verschiedenen Gerichten verbietet, ist in Bezug auf die possessorischen oder petitorischen Processe nicht in die kön. bayer. Ger.-Ord. aufgenommen worden.

Cod. jud. cap. 3. § 4. Nr. 13. gestattet selbst die Cummulirung des Petitorii mit dem possessorio plenario nur dann, wenn der nämliche Richter in beiden Proceßarten competent ist.

Wenn auch nach der Vorschrift cod. jud. cap. 4. § 10. zusammengehörende Sachen in der Regel nicht von einander getrennt, sondern vor einer Obrigkeit allein verhandelt werden sollen, so besteht doch in dem gegebenen Falle zwischen der abgestrittenen Spoliensache, und dem petitorischen Processe durchaus keine solche Verbindung, vermöge welcher beide Rechtssachen nicht ohne Nachtheil vor verschiedenen Gerichten verhandelt werden könnten.

Der Klagegrund ist in beiden Processen wesentlich verschieden, auch wurde in der Spoliensache kein Beweis geführt, welcher in petitorio wieder benützt werden könnte.

Es ist daher kein gesetzlicher Grund vorhanden, den allenfalls eintretenden petitorischen Proceß, folglich auch die Provocations-Verhandlung von dem in erster Instanz zuständigen Gerichte abzuziehen.

Demnach mußten die Provocanten mit ihrer Provocation von dem kön. Appellations-Gerichte hinweg, und an das geeignete Forum verwiesen werden.

Ad b) Die fiscalische Beschwerde über die Zulässigkeit der Provocation hat hiernach zur Zeit auf sich zu beruhen, da es vorerst dem Richter I^mae vorbehalten bleiben muß, über die einzureichende Provocation das Geeignete zu verfügen.

Die bisher auf diese Sache erlaufenen Kosten beider Instanzen waren bei der erfolgten Reformatoria zu compensiren.

München, den 4. Jän. 1826.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf v. Arco.

36.

Provocatio ex lege diffamari.

Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das kön. Appellationsgericht für den *** Kreis in der Streitsache des kön. Finanz-Fiscus gegen den königl. Kämmerer Emanuel Freyherrn von P. puncto provocationis zu Recht:

daß der kön. Fiscus mit der unterm 5. präsentirt 13. dieses Monats gestellten Provocationsklage in der Art, wie diese angebracht wurde, abzuweisen sey, und alle Kosten zu tragen habe.

Gründe.

Freyherr von P., dem durch das kön. Rentamt P. die gerichts- und vogteiherrlichen Renten über mehrere Unter-

thanen waren eingezogen worden, wendete sich deßhalb mit einer Beschwerde an das kön. Staatsministerium der Finanzen, worin er am Schluße die Bitte stellt:

1. die Entschließung der Regierungs-Finanzkammer und die hierauf gebaute Decretur des kön. Rentamtes vom 28. November 1832, so wie alle weitern von dieser letztern Behörde auf den Grnnd jener Regierungsentschließung vorgenommenen Handlungen zu cassiren; hienach

2. die rentamtliche Weisung an fragliche Unterthanen, von ihren Gütern und Ausbrüchen keine vogteilichen Abgaben oder Naturalleistungen an das P.'sche Patrimonialgericht mehr zu entrichten, zurückzunehmen, und diese Unterthanen auf der Stelle wieder anspflichten zu lassen.

Für den Fall, daß seinem Gesuche nicht deferirt würde, behalte er sich ausdrücklich die Verfolgung seiner rechtlichen Ansprüche gegen wen immer vor den Gerichtshöfen bevor.

Aus diesem Vorbringen nahm der königl. Finanzfiscus Veranlassung, gegen Freyherrn v. P. mit der actio provocatoria ex lege diffamari aufzutreten, und stellt das petitum, den Provocaten aufzufordern, binnen 30 Tagen, sub poena perpetui silentii die hier eben bezeichneten Ansprüche gegen den kön. Fiscus klagend anzubringen ꝛc.

Allein abgesehen davon, daß in einer an die oberste Administrativbehörde gerichteten Eingabe, die, Gesetzen gemäß, der Klage von den Gerichtshöfen gegen den kön. Fiscus vorausgehen muß, eine Diffamation nicht gefunden werden kann, könnte im vorliegenden Falle eine solche höchstens darin liegen, daß sich Freyherr v. P. seine rechtlichen Ansprüche gegen wen immer bei den Gerichtshöfen durchzuführen, ausdrücklich vorbehält. Allein, wenn auch dieses nicht die meist gewöhnliche Schlußformel in derlei Eingaben wäre, so könnte doch der kön. Finanzfiscus darin eine Diffamation nicht finden, weil nicht angegeben ist, daß unter dem „wen immer" nothwendig der kön. Fiscus und sonst Niemand verstanden werden wollte.

Überdieß ist das in der Provocationsklage gestellte Petitum so dunkel, daß man nicht entnehmen kann, wozu Pro-

vocat eigentlich verurtheilt werden solle; denn in den in der fraglichen Eingabe an Seine kön. Majestät gerichteten Bitten liegt überhaupt eine Berühmung eines rechtlichen Anspruchs nicht, und die Schlußformel könnte höchstens jenem Petitum gemäß eine Verurtheilung in der Art herbeiführen, daß Provocat seine Ansprüche gegen wen immer binnen 30 Tagen sub poena perpetui silentii klagend geltend zu machen habe, was wegen Unbestimmtheit des Beklagten schon nicht geschehen könnte.

Die fiscalische Provocationsklage mußte daher wegen Unbestimmtheit in der Geschichtserzählung sowohl, als in dem Petitum, da nirgends vorkommt, welcher bestimmten Ansprüche sich Freyherr v. P. rühme, und gegen wen er sich solche zu haben zuschreibe, in der Art, wie sie angebracht wurde, abgewiesen werden, wobei sich die Verpflichtung zur Tragung der Kosten von selbst versteht.

Am 26. Juni 1833.

37.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des kön. Fiscus gegen den königl. Kämmerer Emanuel Freyherr von P., puncto provocationis zu Recht:

daß die Provocationsklage angebrachtermassen nicht abzuweisen, sondern darüber in judicio praeparatorio gehörig zu verhandeln, und sonach das rechtliche zu erkennen sey.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

Nach Vorschrift der Gerichtsordnung cap. 4. § 17. kann eine Klage ohne Mittheilung an den Beklagten sogleich von

Amtswegen verworfen werden, wenn der Ungrund ex ipsis narratis hervorgeht; dieses ist aber nicht der Fall bei der von dem königl. Fiscus angestellten Provocation, indem aus derselben allerdings zu entnehmen ist, daß und welche Ansprüche an den Staat gemacht werden wollen, auch das Petitum keineswegs so dunkel ist, daß nicht hienach erkannt werden könnte; denn gemäß der, der Klage abschriftlich im Extracte beigelegten, an das Staats-Ministerium der Finanzen übergebenen Vorstellung des Freyherrn von P. trägt derselbe auf Zurückgabe der von dem Rentamte P. ad aerarium eingezogenen vogteilichen und grundherrlichen Abgaben mehreren Hintersassen von F. ꝛc. ꝛc. an, mit dem ausdrücklichen Vorbehalte der Verfolgung seiner richterlichen Ansprüche gegen wen immer vor den Gerichtshöfen; es ist sonach bescheinigt, daß Freyherr von P. sich eines Anspruches an den Staat berühme, da aus dem Umstande, daß die Gefälle, welche er anspricht, von dem Staate eingezogen wurden, und von dem Staate besessen werden, zunächst gefolgert werden muß, daß unter dem Ausdrucke „gegen wen immer“ nur der kön. Fiscus verstanden sey.

Eben so wenig kann die Klage wegen Dunkelheit des Petitums a limine abgewiesen werden, da der Antrag des Provocanten keinen Zweifel über seine Absicht übrig läßt, nämlich daß Frhr. v. P. zur Klagsstellung hinsichtlich seiner behaupteten Ansprüche an die vom Staate eingezogenen vogteilichen und grundherrlichen Renten sub poena perpetui silentti angehalten werde.

Kann sohin die Provocation nicht a limine abgewiesen werden, so muß die geeignete Verhandlung in judicio praeparatorio statt finden, und es war, wie geschehen, zu erkennen.

München, den 26. Oct. 1833.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Frhr. v. Welden,

Secr. Fränkl.

38.

Ueber Streitverkündung und Pertinenz-Eigenschaft abgetheilter Gemeindegründe.

Seine königliche Majestät.

Der Litisdenunciat kann nicht gezwungen werden, sich auf die Litisdenunciation einzulassen, sondern kann verlangen, daß die Sache zum competenten Gerichte verwiesen werde.

Erkennen in Sachen der Freiherrl. von K.'schen Rittergutsherrschaft zu R. wider Lukas Friedrich R., Schuhmachermeister in F., wegen Handlohnsfoderung zu Recht,

I. daß die Klägerin in Betreff der von dem kön. Fiscus gefoderten Gewährschaftsleistung zur besondern Verhandlung zu verweisen, übrigens aber

II. Das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den * * * Kreis vom 23. December 1829 zu bestättigen sey, mit Verurtheilung der Revidentin in die Kosten der III. Instanz und in sechs Thaler Succumbenztaxe.

Gründe.

1. Dem Richter steht in dem Falle, wenn der Litisdenunciat auf die Streitverkündung sich nicht einläßt, und die vom Denuncianten behauptete Verbindlichkeit zur Gewährschaftsleistung sogar widerspricht, die Befugniß nicht zu, über die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit der Litisdenunciation zugleich mit der Hauptsache zu erkennen, sondern der Litisdenunciat hat das Recht, nicht gezwungen werden zu können, auf die Streitverkündung sich einzulassen, und kann verlangen, daß die von ihm widersprochene und daher streitig gewordene Verbindlichkeit zur Gewährschaftsleistung nach dem Ausgange der Hauptsache in separato verhandelt und entschieden werde.

Letzteres ist hier gemäß Cod. jud. c. 8. § 2. Nro. 10. und den Anmerkungen hinzu lit. l. um so mehr der Fall, als der Litisdenunciat der kön. Fiscus ist, welcher, wenn er nach geendigtem Streite in der Hauptsache als Beklagter er-

scheinen sollte, des privilegirten Gerichtsstandes vor dem kön. Appellationsgerichte sich zu erfreuen hat.

Novelle zur bayerischen G.-O. Bd. I. S. 64.

II. Anlangend die Hauptsache, so beruht die Beschwerde-Ausführung der Revidentin auf der von dem Ausspruche der Gesetze nicht unterstützten Meinung:

> Daß das Gemeinderecht, d. h. der Anspruch den ein Gemeindeglied auf die Gemeindegründe in deren unvertheiltem Zustande gemäß dem §18. des Gemeinde-Edicts hat, ein Pertinenzstück des Guts, daher auch handlohnspflichtig sey, wenn es das Gut selbst ist.

Nun ist es zwar richtig, daß auch unkörperliche Sachen und Gerechtsame Pertinenzstücke seyn können.

Leyser Sp. 101.

Allein jedes Pertinenzstück kann ein solches nur entweder vermöge einer gesetzlichen Vorschrift oder wegen Bestimmung des Eigenthümers seyn.

Höpfners Commentar über die Ger.-Institut. § 879. S. 667.

Weder der eine noch der andere Fall ist hier vorhanden, vielmehr verbietet sogar die Verordnung vom 6. Oct. 1792 (Maiers Generalien-Samml. Bd. 5. S. 261), daß Gemeinde-Gründe als wahre Pertinenzien von den Hauptgütern angesehen werden dürfen, und die spätern Verordnungen haben dadurch, daß sie festsetzen, daß abgetheilte Gemeindegründe zur Grundbarkeit des Hauptgutes nicht gezogen werden dürfen, sondern die Eigenschaft eines ungebundenen Eigenthums annehmen, ohne allen Unterschied dieses Verbot erneuert.

Mayers Gen.-Samml. Bd. 5. S. 331. Reggsbl. 1803 S. 560. Reggsbl. 1807 S. 614. Reggsbl. 1808 S. 1936 § 9. f. Verf.-Urk. Tit. 4. § 6.

Von einer Bestimmung des Eigenthümers aber kann um deswillen keine Sprache seyn, weil die Grundherrschaft über das Gemeinderecht nicht verfügen kann, indem letzteres dem Erbzinsmanne nur in so ferne zusteht, als er Gemeindemitglied ist.

Gem.-Edict § 18. 26. Allgem. Landrecht Th. II. Tit. 7. § 28. und in dieser von der Grundholden-Eigenschaft ganz un-

abhängigen Qualität, vermöge welcher er nur der Staatsgewalt untergeordnet ist,

Gem.-Edict § 21. 23. Allgem. Landr. Th. 2. Tit. 6. § 25. 26. 44. 83 186. 187. 189. Tit. 7. § 19. 35.

nicht bloß an den gemeinschaftlichen Nutzungen, sondern auch an den gemeinschaftlichen Lasten der zum Gemeinderechte gehörigen **res universitatis** Theil nimmt.

Wenn aber ein als Zugehör in Anspruch genommener Gegenstand (hier das Gemeinderecht) einem Andern gehört als dem Eigenthümer der Hauptsache (hier der Grundherrschaft als Eigenthümerin des handlohnbaren Gutes), so hat solcher die Eigenschaft eines Pertinenzstückes nicht, auch wenn es sonst seiner Natur nach ein Pertinenzstück wäre.

Allg. Land-Recht Th. I. Titl. 2. § 60. 108.

Hat daher die Revidentin früherhin bei Veränderungsfällen das Gemeinderecht in den Werth des handlohnbaren Gutes mit eingerechnet, und den Handlohn davon genommen, so ist dieß ein factum nullo jure justificabile, und könnte selbst eine Verjährung (auf die sich übrigens in den Verhandlungen I. Instanz nicht einmal bezogen worden ist) hier nicht eintreten, weil der Besitzstand von Seite der Grundherrschaft in Beziehung auf die angeführten gesetzlichen Vorschriften ein unredlicher seyn würde.

Allg. Landr. Th. I. Tit. 9. §615.

Äußersten Falls aber und wenn je eine Verletzung der grundherrlichen Gerechtsame dadurch herbeigeführt seyn sollte, daß die Grundherrschaft zur Theilung der Gemeinde-Gründe nicht beigezogen worden ist, während doch solches die Verordnung vom 6. Oct. 1792 (Mayers Gen.-Samml. Bd. 5. S. 261. 262.) fodert, würde der Revidentin lediglich die Geltendmachung von Entschädigungs-Ansprüchen freistehen, wie schon in den Entscheidungs-Gründen des Erkenntnisses voriger Instanz angeführt worden ist.

München, den 30. Juni 1832.

Oberappellations-Gericht d. Königreiches Bayern.

v. Mann.

Frankl.

39.

Von der
Restitutio in integrum contra sententiam.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Ist der Verzicht auf eine Proceßhandlung ein Unterlassen, oder selbst eine Handlung?

Erkennen in der Streitsache des erblichen Herrn Reichsrathes Grafen von X. gegen den kön. Fiscus wegen Scharrwerkes, dermal wegen Restitution zu Recht, daß die vom Letzteren gegen das dießseitige Erkenntniß vom 6. Nov. 1832 nachgesuchte Restitution nicht statt finde.

Gründe.

§ 1. Das vom kön. Fiscus gestellte Restitutionsgesuch ist zwar zunächst nur gegen das oberstrichterliche Erkenntniß vom 6. Nov. 1832, jedoch nach seinem Grunde und Zwecke mittelbar auch gegen alle Verhandlungen, Verfügungen, und Erkenntnisse gerichtet, welche seit der Eröffnung des Appellationsgerichts-Erkenntnisses vom 31. Jän. 1827 als Folge der Rechtskraft dieses letztern erfolgt sind; er will nämlich auf den Grund eines ihm durch den erklärten Verzicht auf die Berufung dagegen zugegangenen Nachtheiles das Recht zu dieser Berufung wieder erwerben, was nicht geschehen könnte, ohne die Verhandlungen und richterlichen Aussprüche wirkungslos zu machen, welche auf die Voraussetzung gebaut sind, daß jenes Erkenntniß als rechtskräftig bestehe.

Zu einer solchen Restitution wird nach Cod. jud. cap. 16. § 1. Nr. 2. 3. 6. erfodert:

I. daß eine Laesio im allgemeinen vorhanden,

II. daß der gesetzliche Restitutions-Termin eingehalten

und

III. daß die Läsion durch die Vertreter einer den Minderjährigen gleichgeachteten moralischen Person — hier des Fiscus — auf die im Gesetze bezeichnete Weise eingetreten sey.

§ 2. Fiscus behauptet zwar, es müsse ihm nach den Verordnungen vom 6. März 1759 und 16. Aug. 1779 die Restitution in allen Fällen ertheilet werden, und beruft sich hierüber auf ein in der Streitsache der Einwohner von Stadtamhof gegen den kön. Fiscus wegen Schankung am 17. Aug. 1824 erfolgtes oberstrichterliches Erkenntniß; allein es handelte sich damals bloß um restitutio contr. lapsum fatalium.

Bei der restitutio contra sententiam, welche im gegenwärtigen Falle nachgesucht wird, können daher nur die obenbemerkten besondern Bestimmungen, cod. jud. cap. 16. § 1. nr. 2. 3. 6. als Entscheidungsnorm angewendet werden.

§ 3. Zu I. daß dem Fiscus ein Nachtheil zugehe, wenn das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 31. Jän. 1827 als rechtskräftig bestehet, kann, ohne in eine förmliche Beurtheilung des materielen Gehalts der dadurch verworfenen fiscalischen Anträge einzugehen, wenigstens in so ferne angenommen werden, als das Appellationsgericht jene Anträge vor der Hand abwies, und mit dem Verlurst der Berufung auch die Beurtheilung der Sache in der höhern Instanz für den Fiscus verloren gehet.

§ 4. Zu II. was den Restitutions-Termin betrifft, so ist derselbe nach l. c. Nr. 6. auf 4 Monate a die publ. sentent. festgesetzt, es kann aber hierunter nur dasjenige Erkenntniß verstanden werden, wodurch der Betheiligte von seiner Laesio in Kenntniß gesetzt wird, was auch die Anmerkungen lit. d. durch den Grund erläutern, weil alsdann jeder erst weiß, daß er lädirt sey. Es beweisen nun aber die Acten, daß an den kön. Fiscus wegen Störung des Grafen v. X. im Besitze des Scharrwerksrechts Pönalmandate ergingen, weil das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 31. Jän. 1827 in Rechtskraft übergegangen sey, daß ferner Fiscus auch, beim Land-

gerichte Z. mit einer Principal-Intervention auftrat, und das Scharrwerks-Recht in Anspruch nahm, hiemit aber in drei Instanzen auf den Grund der Rechtskraft jenes Erkenntnisses abgewiesen wurde.

Abgesehen aber auch hievon, hat Fiscus erst im Jahre 1829 eine neue Klage erhoben, und das Scharrwerksrecht wegen inzwischen eingezogener Gerichtsbarkeit für den Staat angesprochen, Graf X. hatte derselben mit der Protestation der Streitseinlassung die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegengesetzt, und Fiscus hatte dagegen zu erörtern gesucht, daß diese res judicata seinem Antrage nicht entgegen stehe, und ihm ganz unschädlich sey.

Hienach wurde also über die Frage, ob diese res judicata gegen den Fiscus nachtheilig wirke, und dieser ungeachtet derselben das Scharrwerksrecht noch fodern könne, verhandelt, durch die Erkenntnisse der I. und II. Instanz vom 29. April 1831, resp. 10. Februar 1832 wurde aber diese Frage bejahend entschieden, indem Gr. X. auf den Grund der bestehenden Rechtskraft des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 31. Jänner 1827 von der Einlassung auf die Klage befreit wurde, so daß also über die rechtliche Wirkung desselben, resp. über seinen nachtheiligen Einfluß auf den Fiscus selbst schon wieder Rechtskraft besteht.

Hieraus ersah also dieser deutlich, daß er durch die von ihm anerkannte Rechtskraft des angeführten erstrichterlichen Erkenntnisses lädirt sey, er hätte also schon damals gegen das Oberappellationsgerichts-Erkenntniß vom 10. Febr. 1832, die Restitution nachsuchen, und damit die Berufung gegen den Bescheid des Appellationsgerichts vom 31. Jänner 1827 verbinden müssen; dieses geschah aber nicht, sondern Fiscus suchte nur die restit. contr. lapf. fatal. gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 31. Jänner 1827, und erst, als diese von der dießseitigen Stelle am 6. November 1832 abgewiesen worden war, gegen dieses am 13. Februar 1833, eine Restitution nach, die auf ein durch das Anerkennen der Rechtskraft des erwähnten Appellationsgerichtserkenntnisses für

ihn entstandene Läsion gebaut war, welche durch das oberstrichterliche Erkenntniß vom 10. Februar 1832 — mithin ebenfalls schon wieder rechtskräftig, als bestehend ausgesprochen wurde. Es erscheint demnach das erst den 13. Febr. 1833 angebrachte Restitutionsgesuch als verspätet und unzuläßig. Fiscus führt zwar an, er sey der Meinung gewesen, es fände sein gestelltes Restitutionsgesuch gegen den Ablauf des Fatale statt, und will also erst durch das dießseitige abweisende Erkenntniß vom 6. November 1832 vom Gegentheil belehrt worden seyn; allein es ist dieses bei dem Dasein des oberstrichterlichen, sohin ebenfalls rechtskräftigen Urtheils vom 10. Februar 1832, wodurch die dem Fiscus aus dem erwähnten rechtskräftigen Erkenntnisse zugehende Läsion bereits, als bestehend ausgesprochen wurde, eine ignorantia affectata, welche Niemandem vorträglich ist.

§ 5. (zu III.) Wäre aber der Restitutions-Termin auch wirklich eingehalten worden, so fehlt es doch dem Restitutionsgesuche an dem in cod. jud. cap. 16. § 1. Nro. 2. bemerkten Erfordernisse.

Man kann nämlich bei dem durch die Verordnung vom 27. November und 17. December 1825 vorgezeichneten Fiscalgeschäftsgang nicht einmal bestimmt annehmen, daß die wegen des angeführten Verzichts entstandene Läsion dem Fiscus durch seine Vertreter — die Fiscale — zugegangen sey; wäre dieses aber auch der Fall, so macht doch das bemerkte Gesetz hinsichtlich solcher Restitutionen ausdrücklich einen Unterschied zwischen Nachtheilen im Processe, die durch Unterlassen, und die durch Handeln — Begehen eintreten, es gewährt den Minderjährigen, und den ihnen gleichgestellten moralischen Personen diese Restitution nur dann, wenn im Processe ihrerseits (d. i. von Seite der Minderjährigen, resp. ihrer Vertreter) etwas unterlassen oder anderseits (d. i. von Seite ihrer Gegner) etwas gefährlicher Weise begangen worden zu seyn, sich äußern sollte. Die Gewährung einer solchen Restitution ist also bedingt durch ein nachtheiliges Unterlassen von Seite der Vertreter der Minderjährigen oder durch ein gefährliches Handeln von Seite ihrer

Streitsgegner; ein nachtheiliges Handeln von Seite der Erstern kann aber keine Restitution bewirken.

Von einer gefährlichen Handlung der Gegenparthei ist hier ohnehin keine Rede, ein nachtheiliges Unterlassen von Seite des Fiscus, resp. seiner Vertreter liegt aber ebenfalls nicht vor; denn die Unterlassung der Berufung würde demselben ohne das bestimmt erklärte Anerkennen der res judicata nicht geschadet haben, da ihm die Restitution gegen den Ablauf der Berufungsfrist nicht hätte verweigert werden können, wie dieses auch schon in den Gründen zu dem dießseitigen Erkenntnisse vom 6. November 1832 bemerkt wurde, das bloß auf die der res judicata nachgefolgten gerichtlichen Anträge des Fiscus auf seine neue Klagestellung, worüber schon wieder rechtskräftig erkannt wurde, — auf sein verbis et factis geschehenes Anerkennen mithin auf einen förmlich ausgedrückten Verzicht gebaut war, und nur auch auf dem aus diesem eingetretenen Verzicht hervorgehenden Nachtheile beruhet das dermalige Restitutionsgesuch; dieser Nachtheil ging also dem Fiscus nicht durch eine Vernachlässigung an seiner, resp. Vertreter Seite, sondern durch eine Handlung derselben, nicht omittendo, sondern committendo zu, er will nichts versäumtes nachbringen, sondern etwas unternommenes zurücknehmen und ungeschehen machen, er begehrt die Restitution nicht darum, weil sein Vertreter etwas anzubringen unterlassen, sondern weil sie etwas gethan haben, daß sie hätten unterlassen sollen.

Gegen die Nachtheile, welche in einem Processe durch ein solches Handeln der fiscalischen Vertreter entstehen, gewährt das Gesetz auch dem Fiscus so wenig eine Restitution ob laesionem, als gegen ein Geständniß, oder gegen einen in Folge eines rechtskräftigen Interlocuts angetretenen und durchgeführten Beweis. Privilegien unterliegen ohnehin der strengsten Auslegung, und es ist auch von selbst einleuchtend, daß mit dem Fiscus — wenn ihm die Restitution auch in der Art zustände, daß etwas von ihm, resp. seinen Vertreter Anerkanntes, als nicht anerkannt, etwas Unternommenes, als nicht geschehen erklärt werden müßte — Niemand

mehr mit Rechtssicherheit einen Rechtsstreit führen, und auf ein in denselben erfolgtes Erkenntniß mit Verläßigkeit bauen könnte.

Aus diesen Gründen ꝛc.

München, am 17. October 1834.

Frhr. v. Welden, Präsident.

Fränkl, Secr.

40.

Restitutio in integrum.

Ex cap. nov. repert.

Seine königliche Majestät.

Ertheilen dem kön. Fiscus in Sachen gegen Georg W., Bauer zu E., Landgerichts A., wegen Gilt-Nachlasses, dermal wegen Zulassung neu angegebener Zeugen, gegen den Ablauf der Fatalien die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und bestättigen das von dem kön. Appellations-Gerichte des *** Kreises am 28. Dec. 1822 erlassene, und am 27. Jän. 1823 eröffnete Erkenntniß in der Art, daß Georg W. mit seinen noch nachträglich in Vorschlag gebrachten neuen Zeugen nach ehevor abgelegtem Eide, daß er solche erst nach Auslauf des Beweistermines in Erfahrung gebracht habe, noch zuzulassen sey.

Entscheidungs-Gründe.

Die Novelle vom 22. Juli 1819 schweigt von dem Falle, wenn der Weisungsführer nach Ausfluß des vorgesetzten Weisungstermines neue Zeugen unter dem Vorschreiben in Vorschlag bringt, daß er sie erst neuerlich entdeckt habe; mithin müssen in diesem Falle nach §. 38. die Vorschriften der Ger.-Ordn. zur Anwendung kommen, welche in cap. 10. §. 19. die weitern Zeugenverhöre als zulässig erklären, sobald sich erhebliche und vorhin nicht bekannte Umstände hervorthun.

Da nun die Entdeckung neuer Zeugen ein offenbar erheblicher, vorhin unbekannter Gegenstand ist, so kann unter der

Voraussetzung, daß die Vorgabe der erst neuerlich in Erfahrung gebrachten Zeugen eidlich erhärtet wird, gegen die Zulassung dieser Zeugen-Verhör um so weniger ein rechtliches Bedenken erhoben werden, als die Anzeige nicht erst nach geschehener Submission, oder eröffneter Zeugen-Aussage, sondern sogar schon früher geschehen ist, als Georg W. Nachricht erhalten hatte, daß seine bei der Beweisantretung benannten Zeugen werden vernommen werden, annebens auch der Commentar zur Novelle vom 22. Juli 1819 § 13. den Fall, wenn der Beweisführer erst nach dem Beweisantritte neue Beweismittel entdeckt, als eine Ausnahme von der Bestimmung des § 12. erklärt.

Auf die Einrede weiterer Zeugenverhöre kann jedoch nur alsdann erkannt werden, wenn der Umstand der neuen Entdeckung eidlich erhärtet wird, was von dem Georg W. selbst anerkannt ist, indem er sich zum Neuerungseid erboten hat, mithin muß dieser Neuerungseid noch vor allem geleistet werden.

Indeß gewinnt es das Ansehen, daß Math. M. und Leonhard G., welche in der Vorstellung vom 5. praes. 8. Aug. 1822 unter andern als neu in Erfahrung gebrachte Zeugen angegeben wurden, dieselben seyen, welche bereits bei der Beweisantretung vom 20. praes. 22. Juni 1821 benannt und auch bereits abgehört worden sind, mithin konnte das königl. Appellations-Gerichts-Erkenntniß nicht unbedingt bestättiget werden, sondern es war die Zulässigkeit des Neuerungseides lediglich auf die neu in Erfahrung gebrachten Zeugen zu beschränken, und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Vorstellung vom 20. praes. 22. Juni 1811 (Nr. 45.) von dem Advocaten von V., die Vorstellung vom 5. praes. 8. Aug. 1822 (Nr. 81.) aber vom Advocaten v. F. verfaßt worden ist, wo also ein Irrthum sehr möglich war.

München, den 3. Nov. 1824.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Graf v. Arco, Präsid.

Frankl.

41.

Von dem Beweise bei Servitutibus discontinuis.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Bei Servituten muß das dienstpflichtige Gut so viel, als möglich geschont werden.

Erkennen in der Streitsache des Joh. R., Bauers zu M. und 14 Streitgenossen daselbst gegen den kön. Fiscus wegen des Rechts des letztern, in den Laubbergen der erstern jährlichen 1500 Reifstangen für den Bedarf des Vitriolwerkes, und des Bräuhauses zu B. unentgeldlich zu hauen zu Recht und

bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts des * * * Kreises ddo. ꝛc. in der Art, daß der kön. Fiscus binnen 30 Tagen zu beweisen habe, es sey von ihm das Recht, die für das Berg- und Hüttenamt, resp. für das Vitriolwerk, und für das Bräuhaus zu B. nöthigen Reifstangen aus den Laubbergen des Joh. R., und dessen 14 Streitgenossen unentgeltlich hauen zu lassen, durch unvordenkliche Verjährung erworben worden; und es haben die Kläger für den Fall, daß der kön. Fiscus diesen Beweis herstellen würde, binnen der nämlichen Frist zu beweisen, daß ein jährlicher Hieb von 1500 Reifstangen für den Bedarf des Vitriolwerkes und des Bräuhauses zu B. mit der Nachhaltigkeit ihrer Laubberge unverträglich sey, und um wie viel weniger, dieser Nachhaltigkeit unbeschadet, jährlich an Reifstangen gehauen werden könne ꝛc. Kosten ꝛc.

Gründe.

Das Recht, in den Grundstücken eines andern für sich ohne Entgelt jährlich aus den daselbst stehenden Birkenbäumen Reifstangen hauen zu lassen, gehört unter die nur von

Zeit zu Zeit ausübenden Dienstbarkeitsrechte — inter servitut. discont. etc. Anmerk. ad cod. civ. Th. II. cap. 7. § 2. Nr. 2. 3. und 4. —

Die Verjährung von solchen Dienstbarkeits-Rechten aber, welche nur von Zeit zu Zeit ausgeübet werden, wird nach bayerischem Rechte nur nach einer unvordenklichen Zeit erworben, ausgenommen, wenn ein tauglicher Titel ihrer Erwerbung, und das Wissen des Eigenthümers des Grundstückes um die Ausübung der Dienstbarkeit, dann das Gedulden, oder die Beruhigung desselben bewiesen werden könne, indem in diesem letztern Falle eine 10jährige Ausübung der Dienstbarkeit unter Anwesenden, und eine 20jährige unter Abwesenden, demjenigen, der die Dienstbarkeit ausgeübt hat, das Recht zu dieser erwirbt.

Bei Grunddienstbarkeiten, zu welchen dieses Recht des Reifstangenhiebes gehört, findet nur ein Rechtsstreit über den jüngsten, oder jährigen Besitz, oder über den Rechtsstand selbst, das Petitorium Platz.

Ein Rechtsstreit über den ältern Besitz — das Possessorium plenarium — darf bei Grunddienstbarkeiten nicht zugelassen werden.

Cod. jud. cap. 3. § 4. Nr. 2. und § 5. Nr. 1. dann Anmerk. zu § 4. lit. c. und zu § 5.

Dasjenige, was der Civilcodex im II. Th. 7. Cap. 5. §. Nr. 3. und im § 11. Nr. 2. über den von den Beklagten bei einer gegen ihn erhobenen Negatorienklage herzustellenden Beweis enthält, muß mit diesen Stellen der Gerichts-Ordnung in Übereinstimmung gebracht werden.

Der Civilcodex handelt im II. Th. 7. Cap. 5. §. Nr. 3. und im § 11. Nr. 2. nicht bloß von Streitigkeiten über Grunddienstbarkeiten allein, sondern von Streitigkeiten über Dienstbarkeiten überhaupt; daher wird hier als Regel festgesetzt, daß nur ein 10jähriger, ruhiger Besitz, den mit einer Negatorienklage Angegriffenen von dem Beweise des ihm zustehenden Dienstbarkeits-Rechtes, und insbesondere in Beziehung auf eine nur von Zeit zu Zeit ausgeübte Dienstbarkeit von der Probe befreie, dieselbe seit unvordenklicher Zeit,

oder aus dem Grunde eines tauglichen Titels, und mit Wissen und Geduldeu des Klägers ausgeübt zu haben.

Natürlich gibt es von dieser gesetzlichen Regel auch eine Ausnahme, und diese tritt insbesondere ein, wenn ein Rechtsstreit über eine Grunddienstbarkeit geführt wird, wo kein Verfahren über den ältern Besitz stattfindet.

Bei einem Streite über eine solche Dienstbarkeit muß der Beklagte es sich gleichwohl als eine ihm von dem Gesetze auferlegte Nothwendigkeit gefallen lassen, daß er, wenn die Dienstbarkeit nur von Zeit zu Zeit ausgeübt wird, beweise, entweder er habe sie mittels eines Titels erworben, und 10 Jahre mit Wissen und Geduldeu des landesanwesenden Klägers oder seit unvordenklicher Zeit ausgeübt, und daß er sich von diesem Beweise nicht durch einen Vorbeweis befreien könne, es sey diese Dienstbarkeit von ihm 10 Jahre vor der entstandenen Irrung ausgeübt worden.

Dem Beklagten einen solchen Vorbeweis auflegen, wäre eben so viel, als einem Rechtsstreite über den ältern Besitz — dem poss. ord. vel plenar. — in Beziehung auf eine Grunddienstbarkeit stattgeben, was dem Sinne des Gesetzes geradezu entgegenlaufen würde.

Deßwegen sagt auch Frhr. v. Kreittmayer in den Anmerkungen zum Cap. 3. § 4. der Gerichts-Ord. lit. c. „das possess. plen. greift in caulis serv. realium nicht Platz.

Solchem nach muß in diesem Falle allzeit gleich das Petitorium ergriffen, und der titulus docirt, oder wenn sich der Grund der Klage auf das Herkommen fußt, die Possession auf so viel Zeit zurück erwiesen werden, daß die Verjährung daraus folgt, folglich praescriptio aut observantia loco tituli seyn kann.“ —

Dem kön. Fiscus steht aber noch zur Zeit kein juristisch, gewißer, zehnjähriger, ruhiger Besitz zur Seite. Derselbe bekennt dieses dadurch selbst ein, daß er in zweiter Instanz darauf anträgt, es soll ihm der Vorbeweis hierüber zuerkannt werden; es heißt aber noch überdieß in dem Erkenntnisse des kön. Appellationsgerichts vom 15. November 1819 im Puncte des Provisoriums ausdrücklich, daß der kön. Fis-

cus in der Ausübung des Reifstangenhiebes einstweilen, und bis über den Besitzstand rechtskräftig entschieden seyn werde, provisorisch zu schützen sey, weßwegen auch in den Gründen für das Erkenntniß des kön. Oberappellationsgerichts vom 11. August 1824 im Eingange die Stelle vorkömmt, daß dieses rechtskräftige Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts keine Entscheidung sey, welche dem Berg- und Hüttenamte darmal schon wirklich Besitzrechte zusprechе.

Daher verdient auch das Vorbringen des Fiscalats in der Duplik, daß der Beschluß des kön. Landgerichts V. vom 27. April 1819 die Bauern von M. für schuldig ausgesprochen habe, die von dem Abgeordneten des Berg- und Hüttenamts abgehauenen, aber von ihnen, den Bauern in Verwahrung genommenen Reifstangen auf der Stelle zurückgeben, keine Berücksichtigung, und zwar um so weniger, als das nämliche Gericht hernach am 11. Jänner 1821 sub lit. b. selbst wieder entgegen erkannte, daß die Zurückgabe der gepfändeten und gefoderten Reifstangen an das kön. Berg- und Hüttenamt wenigst dermal nicht statt finde, weil es sich jetzt weder um den Rechts- noch um den Besitzstand handle, und überhaupt ein Ausspruch hierüber die Gränzen des Provisoriums überschreiten würde.

Eben dasselbe gilt von den übrigen Theilen des Beschlusses des kön. Landgerichts V. vom 27. April 1819, auf welches sich das Fiscalat beruft, um die Folgerung zu rechtfertigen, es sey das Berg- und Hüttenamt seit jener Zeit im Besitze richterlich geschützt, weil die obern Instanzen diesen Beschluß nicht abgeändert haben; denn es ist gegen diesen Beschluß wirklich die Berufung ergriffen, und von der zweiten Instanz am 13. November 1819 auf die bereits angegebene Weise erkannt worden.

Indessen verlieren alle diese Berufungen des kön. Fiscalats auf einen bereits aus den frühern Verhandlungen hervorgehen sollenden Besitzstand durch die schon oben angegebenen Gründe ihre Erheblichkeit, weil aus denselben hervorgehet, daß ihm das Recht des Reifstangenhiebes in den Laubbergen der Negatorienkläger nur dann zuerkannt wer-

den kann, wenn er die Verjährung dieses Stangenhiebes durch eine unvordenkliche Zeit, oder einen tauglichen Titel und eine 10jährige mit Wissen und Geduldeu der Eigenthümer geschehene Ausübung beweisen kann.

Daß ihm ein tauglicher Titel zur Seite stehet, hat das Fiscalat selbst nicht angeführt, es war daher das appellationsgerichtliche Erkenntniß in diesem Puncte zu bestättigen.

Die weitere Beschwerde des Fiscalats ist gegen den Beweis gerichtet, welchen die vorige Instanz den Klägern darüber vorbehalten hat, „daß ihre Waldungen nicht im Stande seyen, das Bedürfniß des Vitriolwerkes, und des Bräuhauses in B. an Reifstangen nachhaltig zu decken — und gründet sich auf die Behauptung, daß schon in dem Verfahren über das Provisorium festgesetzt worden sey, bis zu welchem Belaufe an Reifstangen die Laubberge nachhaltig seyen, und daß die Kläger deßwegen gegenwärtig nicht mehr zu dem Beweise zugelassen werden können, es seyen ihre Waldungen nur für noch weit weniger, als für jährliche 1500 Reifstangen nachhaltig; das Fiscalat meint, daß den Negatorienklägern nur für den Fall vorbehalten werden könnte, einen Gegenbeweis zu liefern, wenn es noch auf einen höhern Bedarf, als auf den von 1500 Reifstangen articuliren würde. Allein auch diese Beschwerde ist nicht gegründet; denn jedes Dienstbarkeitsrecht ist so auszuüben, daß das Eigenthum des dienstpflichtigen Gutes so viel als möglich geschont werde. Conf. c. 20. ff. de Serv. praed. urb. c. 9. ff. de servitutibus. Anmerkung ad cod. civ. Thl. 11. cap. 7. § 6. Nro. 2. lit. c.

Das königl. Berg- und Hütten-Amt B. darf daher das Recht, Reifstangen zum Betriebe des Vitriolwerkes, und des Bräuhauses in den Laubbergen der Kläger unentgeltlich hauen zu lassen, wenn es dasselbe sollte beweisen können, nicht weiter ausüben, als ohne einen Nachtheil für die Nachhaltigkeit des Laubholzes auf den Grundstücken der Kläger geschehen kann. Deßwegen muß den Klägern der Beweis eventuel freigegeben werden, daß ein jährlicher Hieb von 1500 Reifstangen sich mit der Nachhaltigkeit ihrer Laubberge an solchen

Stangen nicht vertrage, weil das Fiscalat nach seiner Berufung selbst, mit den ihm provisorisch ausgesetzten jährlichen 1500 Stangen zufrieden ist ꝛc.

München, den 17. Nov. 1832.

Frhr. v. Welden.

Frankl.

42.

Von der
Servitus altius non tollendi.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen Peter H. zu R. gegen Kaspar Z. allda pct. servit. altius non tollendi zu Recht, der Beklagte Z. habe nach eidlich zu erhärten, daß ihm Pet. H. das Höherbauen seines Hauses im Jahre 1811 nicht untersagt habe. Kosten ꝛc.

Gründe.

Den in zweiter Instanz rechtskräftig auferlegten Beweis der servitus altius non tollendi hat Kläger durch Urkunden, Zeugen, Augenscheine und Erbieten zum Erfüllungseide angetreten. Was die Zeugen darüber sagen, daß das Z.'sche Haus von jeher einstöckig, daß dessen Dach gegen das Haus des H. abgeschieft war, und diesem Licht und Aussicht bisher nicht entzogen worden ist, alles dieses ist unerheblich, weil das Höherbauen eines Hauses eine Sache freier Willkühr (res merae facultatis) ist, und daraus allein, daß eine

Reihe von Besitzern ihr Haus so lange nicht höher bauten, nicht folgt, daß sie dieses zu thun auch nicht berechtiget gewesen wären. Da der als eventueles Beweismittel vorgeschlagene, aber im Beweisverfahren nicht vorgenommene Augenschein auch zu keinem andern Aufschlusse führen könnte, so ist kein Grund denkbar, denselben noch vornehmen zu lassen.

Den aufhabenden Beweis wollte Kläger aber auch dadurch herstellen, daß er vorgab, und darzuthun suchte, daß er dem Z. das Höherbauen seines Hauses im Jahre 1811 untersagt, und dieser sich über 10 Jahre lang dabei beruhiget habe; hiedurch konnte Kläger das angesprochene Recht allerdings erwerben, auch ergibt sich an dem Ablaufe der gesetzlichen, zu dieser Verjährung nöthigen Zeit kein Mangel, da Beklagter das Höherbauen seines Hauses erst im Jahre 1823 vollführen wollte; daß aber Kläger dem Gegentheile das Höherbauen im Jahre 1811 untersagt habe, dieses sollte bewiesen werden:

1. durch ein landgerichtliches Protocoll vom 28. Mai 1811, und
2. durch Zeugen.

Zu 1. Das fragliche Protocoll stellt keinen gegründeten Beweis her, weil es an dem 10jährigen Besitze fehlt, welcher bei derlei negativen Servituten nach Cod. civ. p. 2. cap. 5. § 6. nro. 7. durch ein Verbot auf einer, und dann Acquiescenz auf der andern Seite erworben wird. Daß nun H. dem Z. im Jahre 1811 das Höherbauen seines Hauses verboten oder untersagt habe, dieß geht aus dem producirten Protocolle keinesweges hervor, er hat sich vielmehr vermöge dieses Protocolls gegen das Höherbauen seine Einwendungen bloß vorbehalten; ein solcher Vorbehalt reicht wohl hin, ein besitzendes Recht zu wahren, er schützet gegen die Annahme eines Verzichtes, es kann dadurch aber ein noch nicht gehabtes Recht nicht erworben werden.

H. war daher vermöge des Vorbehalts vom Jahre 1811 befugt, Einwendungen gegen das Höherbauen des Hauses in der Folge eben so noch vorzubringen, wie er dieses im Jahre

1811 gekonnt hätte; er hätte durch die erwähnte Reservation ein neues Dienstbarkeitsrecht für sich begründen können.

Dieses ergibt sich auch aus Cod. civ. P. IV. cap. 15. §10. nro. 11., abgesehen davon, daß das Protocoll vom Jahre 1811 schon der Klage beigelegt war, dessen ohngeachtet aber die vorige Instanz noch auf Beweis erkannt, und dadurch solches als ungenügend zum Beweise der Verjährung erklärt hat.

Zu 2. Von den vernommenen Zeugen beurkundet der erste zum 2ten Artikel, daß Kläger im Jahre 1810 oder 1811 gegen das Höherbauen protestirt habe, der dritte und vierte sprechen darüber bloß vom Hörensagen.

Diese Aussagen, in Verbindung mit dem Umstande, daß Z. im Jahre 1811 bei seinem Hausbaue, oder dessen Reparatur keinen zweiten Stock aufsetzte, da es nach der Actenlage zwar nicht gewiß, aber doch wahrscheinlich ist, daß das Höherbauen schon im Jahre 1811 in seiner Absicht gelegen sey, so wie die Erwägung, daß H. das unbestreitbare Recht habe, einen hervorragenden Gang oben an seinem Hause auf Z. Luftseite zu haben, berechtigen zu der Vermuthung, und scheinen selbst einen halben Beweis darüber herzustellen, daß Kläger dem Z. schon wirklich im Jahre 1811 das Höherbauen auf bestimmte Weise untersagt habe, welche Vermuthung bei Ansicht des Protocolles vom 28. Mai 1811 sich noch verstärken dürfte, da darin gegen dieses Höherbauen schon Einwendungen vorbehalten wurden.

Der hieraus sich ergebende Grad von Wahrscheinlichkeit wird aber dadurch wieder geschwächt, daß der erste Zeuge über die eingelegte Protestation keinen Grund seines Wissens angibt, was um so bemerkenswerther ist, als er seine Angabe aus dem ihm bekannt gewordenen Inhalte des oft erwähnten Protocolls geschöpft haben kann, und er die darin liegende Reservation für eine Protestation gehalten haben mag, daß er ferner in den Artikeln 8 und 9 um diese Protestation namentlich befragt, eine ausweichende Antwort gab, daß die übrigen Zeugen nur vom Hörensagen deponiren, daß dieselben auch nicht angeben, ob H. Protestation dem Z. in's

Gesicht gemacht worden sey, was doch wesentlich nöthig seyn würde, da das Gesetz ein Verbot fodert, und da von dem zugestandenen Rechte, einen Gang am Hause zu haben, (servitus projiciendi) kein Schluß auf die fernere Serv. altius non tollendi gemacht werden kann.

Hiedurch werden die für den Kläger sprechenden Wahrscheinlichkeitsgründe wieder so geschwächt, daß sie keinem halben Beweise gleichkommen, daher nur auf den Reinigungseid, so wie geschehen, zu erkennen war.

München, den 6. Dec. 1825.

Graf von Arco.

Frankl.

43.

Über die paulianische Klage, und über die gerichtliche Verbriefung von Verträgen über liegende Güter.

Erkenntniß Imae.

Vom königlichen Landgerichte S.

Wird in Sachen der Pfarrer H.'schen Creditoren von B. gegen die Relicten des verstorbenen Ant. S., Metzgers von H. pcto. art. paulianae auf erstatteten Vortrag zu Recht erkannt:

Die Partheien haben binnen 30 Tagen zu beweisen und zwar

A.

die Kläger, daß der nunmehr verstorbene Pfarrer H. schon zu jener Zeit, nämlich den 31. Juli 1822, wo er die

in Frage befangenen Grundstücke seinem Schwager Anton S., Metzger in H. cedirt, resp. geschenkt hat, überschuldet gewesen, und daher diese Cession und resp. Schankung gefährlicher Weise zu ihrem Präjudiz und Schaden geschehen sey.

B.

In eventum, daß dieser Beweis geliefert wird, die Beklagten, daß die Abtretung der genannten Realitäten eine mit lästigen Bedingungen verbundene Acquisition gewesen sey.

Der Kostenpunct muß einstweilen ausgesetzt bleiben.

Gründe.

§ 1.

Pfarrer Dionis H. von V. cedirte resp. schenkte laut einer außergerichtlichen Urkunde vom 31. Juli 1822 seine eigenthümlichen Grundstücke, als

a) die sogenannten Kreuzbreiten,
b) den Wegacker,
c) das Mießackerl,
d) die Moosmire und Mießwiese, und
e) der Hopfengarten

seinem Schwager Anton S., Metzger in H., unter andern auch mit der Verbindlichkeit, daß jedem seiner 4 Kinder, Anton, Joseph, Magdalena und Anna S., deren Mutter eine Schwester des Donatars war, 200 fl. bei ihrer Standesveränderung hinausbezahlt, und daß genannte Grundstücke so lange denselben verschrieben bleiben müssen, bis jedes diese 200 fl. als sein Muttergut empfangen haben wird.

§ 2.

In Folge dieser Acquisition vertrug sich nun S. unterm 10. December ejusd. āi mit gedacht seinen Kindern, zu deren Gunsten nach der ausdrücklichen Erklärung des Donatars eben diese Cession geschah, und machte sich verbindlich, denselben nicht nur die in allegirter Cession bedungenen 800 fl., sondern auch noch weitere 200 fl. nebst einer angemessenen Ausfertigung bei ihrer Standesveränderung hinauszugeben.

Bis zur Erfüllung dieser Vertragspuncte verpfändete S. sein Anwesen in genere et specie.

§ 3.

Bald darauf ging Pfarrer H. mit Tod ab, und über dessen Rücklaß wurde bei dem kön. Kreis- und Stadtgerichte L. als competenter Verlassenschaftsbehörde der Universalconcurs erkannt.

§ 4.

Nachdem inzwischen auch mehrerwähnter Ant. S. gestorben war, trat der Commun-Anwalt der Pfarrer H.'schen Creditorschaft gegen die Relicten des Ant. S. klagbar auf, und behauptete, daß die Cession und resp. Schankung der fraglichen Grundstücke wegen Mangel der Acceptation und der gerichtlichen Insinuirung, dann aus dem weitern Grunde nichtig sey, weil Herr Pfarrer H. zur Zeit jener Cession schon überschuldet war, und demnach zum Nachtheil seiner Creditoren nichts mehr veräußern konnte.

Es wurde daher die Bitte gestellt, daß die Veräußerung resp. Cession der oben aufgeführten Grundstücke als ganz ungiltig erklärt und ausgesprochen werden wolle, daß dieselben zur Pfarrer H.'schen Masse gehörig seyen.

§ 5.

Wenn schon eine förmliche Acceptation auf Seite des Donatars bei einer realen Schankung, wie hier der Fall gewesen, nicht nothwendig war — Cod. civ. P. VI. cap. 8. § 6.; wenn auch die obrigkeitliche Verbriefung und Genehmigung derlei Veräußerungen, außer in Schankungen über die gesetzliche Summe, nicht erfodert wird,

Bei einer realen Schankung ist die Acceptation nicht erfoderlich.

Cod. civ. P IV. cap. 1. § 7. Nro. 3.
Ibidem P. III. cap. 8. § 7.

Zur Giltigkeit von Verträgen üb. liegende Güter ist die obrigkeitl. Verbriefung nicht erfoderlich.

indem in der Taxordnung vom 8. October 1810 § 17. zwar enthalten ist, daß über alle Verhandlungen liegender Güter und dinglicher Rechte obrigkeitliche Urkunden errichtet werden müssen, hieraus aber um so weniger gefolgert werden kann, daß die

Briefserrichtung zur Giltigkeit der Vertragsverhandlung nothwendig sey, als in diesem ohnehin nur finanzielen Gesetze wohl vom Zwange zur gerichtlichen Protocollirung aber keineswegs von einer Nullitätsstrafe im Unterlassungsfalle die Rede ist, da auch das Edict über die Siegelmäßigkeit vom 26. Mai 1818 keine Anwendung findet, weil hieraus gemäß § 2. ebenfalls nur hervorgeht, daß die gerichtliche Protocollirung der Verträge unter Unsiegelmäßigkeit bloß in den Fällen nothwendig sey, wo es die Gesetze zur Giltigkeit der Handlung, z. B. Eheverträge, Vollmachten, Vergleiche ꝛc. vorschreiben, so fragt es sich, ob und wie ferne die paulianische Klage statt findet.

Die Contrahenten können zwar zur Verbrief. gezwungen werden, im Unterlassungsfalle sind aber die Verträge deßhalb nicht ungiltig.

§ 6.

Diese Klage als ein rescissorisches, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezweckendes Rechtsmittel findet nach cod. jud. cap. 19. § 19. statt, wenn der Schuldner noch vor Anfang des Generalconcurses zum Schaden und Präjudiz seiner Gläubiger Veräußerungen auf gefährliche Weise vorgenommen hat; denn was der Schuldner nach Anfang des Concurses, d. i. nach Erlassung der Edictalien zum Nachtheile seiner Gläubiger thut, ist ohnehin von keiner Kraft, cod. jud. loc. cit.

Eben dieses Recht der Widerrufung kömmt hienach nicht nur den Hypothekar, sondern auch andern Gläubigern zu, zu deren Schaden derlei Handlungen dolose geschehen sind.

Da nun die Kläger die schon den 31. Juli 1822 bestanden haben sollende Überschuldung und die zu ihrem Nachtheil und unredlicherweise geschehene Cession resp. Schankung als Grund ihre Klage aufgeführt haben, solche aber von dem Beklagten widersprochen worden, so muß gemäß Cod. jud. cap. 9. § 1. den Asserenten der Beweis auferlegt werden.

§ 7.

Die Beklagten suchten zwar darzustellen, daß diese Klage an wesentlichen Mängeln leide und sie daher zur Einlassung auf dieselbe nicht verbunden wären; allein

a) wurde schon durch das landgerichtliche Decret vom 19. Oct. 1827, gegen welches nicht appellirt worden, die fragliche Klage für genügend substanzirt erklärt, und den Beklagten die Einlassung aufgetragen, welche auch an sich durch die Erklärungen der Beklagten vom 23. Mai und 12. Juli l. J. allerdings erfolgt ist, indem hieraus deutlich zu erkennen ist, was in der Hauptsache widersprochen wurde. Cod. jud. cap. 6. § 1.

b) Die brieflichen Urkunden müssen nur dann der Klage beigefügt werden, wenn der ganze Streit ohne andern Beweis dadurch gehoben werden mag. Cod. jud. cap. 4. § 12.

Dieß ist aber gegenwärtig nicht der Fall, indem nicht bloß Hypothekar-, sondern auch andere Gläubiger geklagt haben, und das Wesen der paulianischen Klage eben darin besteht, daß jeder Gläubiger, wenn seine Foderung auch nicht documentirt, sondern bloß sonst liquid ist, auf Rescission der vor dem Concurse zu seinem Nachtheil auf gefährliche Weise geschehenen Veräusserung und hiedurch auf Vermehrung der Concursmasse dringen kann.

Jeder Gläubiger, welcher eine liquide Foderung hat, kann auf Rescission einer vor d. Concurse zu seinem Nachtheile auf gefährliche Weise geschehen. Veräusserung dringen.

Thibauts System des Pand.-Rechts § 12. 27 und 28.

Hieraus ergibt sich, daß die Kläger nicht schuldig waren, schon in ihrer Klage zu beweisen, daß die H.'schen Creditoren Hypothekrechte und welche auf den veräußerten Grundstücken haben.

Hierorts handelt es sich bloß darum, ob zur Zeit der geschehenen Cession und resp. Schankung schon eine Überschuldung des Pfarrers H. vorhanden gewesen, und ob dahin die fraglichen Grundstücke zum Nachtheile der Gläubiger auf gefährliche Weise veräußert worden sind.

Die Frage über die Qualität und über die Priorität gehört eben so, wie die Vertheilung der Gesammtmasse zum Concurs-Gerichte.

c) Wird endlich betrachtet, daß die Beklagten bis auf die Wittwe S., welche schon anfänglich vom Streite sich zurückgezogen, die Erben des Ant. S. sind, sohin dessen Person

repräsentiren und übrigens nach dem Inhalte der Cessions-Urkunde selbst als Condonatarii erscheinen, so können dieselben in dieser Beziehung, dann in Ansehung des bei hergestelltem Beweise eintretenden Rechtssatzes: resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis zur Zeit nicht als dritte Besitzer angesehen werden. — Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 8. § 12. Nr. 3. — und der vorgeschützte Kindsvertrag kann die Beklagten von der Einlassung um so weniger befreien, als derlei Rechtsgeschäfte ohnehin nur salvo jure tertii eingegangen und genehmigt werden können.

§ 8.

Wenn nun aber auch die Kläger wirklich ihre Behauptungen erwiesen haben, so sind sie doch nach der schon bemerkten Gesetzesstelle in cod. jud. cap. 19. § 19. Nr. 3. zu Erstattung des Werthes der ad massam reclamirten Grundstücke verbunden, im Falle die Beklagten ihre von den Klägern widersprochenen Einreden, daß nämlich fragliche Cession und resp. Schankung titulo oneroso erlangt worden sey, beweisen können. Cod. jud. cap. 19. § 19.

Ging aber die Veräußerung titulo oneroso vor sich, so muß der Gläubiger, welcher sie rückgäng. machen will, den Werth des veräußerten Objects erstatten.

Auf diesen Beweis muß um so mehr erkannt werden, als die angeführte Cessions-Urkunde für eine lucrative Handlung spricht, und die dem Ant. S. aufgetragene Auszeigung eines Mutterguts zu 800 fl. für seine Kinder als eine lästige Bedingung nicht angesehen werden kann, indem letztere neben ihrem Vater bloß als Mitbeschenkte erscheinen.

§ 9.

Da über den Kostenpunct erst beim Definitiv-Erkenntniß gesprochen werden kann, so folgt von selbst, daß derselbe einstweilen ausgesetzt bleiben müsse.

44.

Erkenntniß IIdae.

Im Namen ꝛc.

Erkennt das königl. Appellations-Gericht für den *** Kreis in Streitsachen der Pfarrer H.'schen Creditorschaft in B. Kläger und Appellanten wider die Metzger S.'schen Relikten zu H., Beklagte und Appellaten pct. actionis paul. zu Recht:

1. Die Berufung des Communanwalts der Pfarrer H.'schen Creditoren werde abgewiesen.
2. Die Berufung der Ant. S.'schen Relikten betr., werde das landgerichtliche Urtheil, so weit dagegen appellirt worden, nämlich ad a) dahin reformirt, daß Kläger binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen haben, daß der verstorbene Pfarrer H. die fraglichen Grundstücke an seinen Schwager Anton S. nicht redlich, sondern gefährlicherweise zum Schaden der Gläubiger cedirt habe.

Die Kosten erster Instanz bleiben ausgesetzt, die der zweiten sind zu compensiren.

Gründe.

1. Über die Berufung des Commun-Anwalts der Pfarrer H.'schen Creditoren.

Dieser glaubt, daß die Cession der fraglichen Güter vom 22. Juli 1822 ungiltig gewesen, weil sie nicht obrigkeitlich protocollirt worden, und beruft sich auf die provisorische Taxordnung vom 8. Oct. 1810 § 17. und die Verordnung vom 24. Sept. 1813.

Allein die Taxordnung verordnet § 17. nur, daß über alle Verhandlungen um liegende Güter die brieflichen Urkunden obrigkeitlich errichtet werden müssen. Hieraus folgt keineswegs, daß eine solche Verhandlung vor der obrigkeitlichen

Verbriefung ungiltig sey, vielmehr geht aus diesem § das Gegentheil selbst hervor, indem es darin heißt, ohne Unterschied, ob das Gesetz die Errichtung dieser Instrumente fodere, oder nach selbem die scriptura nothwendig sey oder nicht.

Durch die Taxordnung wurden also die frühern dießfallsigen Gesetze nicht abgeändert.

Die Verordnung von 1813 ist nur eine Bestättigung des § 17. der Taxordnung von 1810, die Berufung der Gläubiger des Pfarrers H. ist daher abzuweisen.

2. Die Berufung der Ant. S.'schen Relicten betr.

Nach der Gerichtsordnung cap. 19. § 19. kann eine Veräußerung eines liegenden Guts, welche vor Anfang des Generalconcurses geschehen von Gläubigern, welche kein Unterpfand haben, nur dann wiederrufen werden, wenn aus den Umständen erscheint, daß solche nicht redlich, sondern gefährlicherweise zu ihrem Schaden geschehen sey.

Die Actio pauliana kann nur darauf begründet werden, daß eine Veräusserung nicht redlich, sondern gefährlicherweise zum Schaden d. Creditoren geschehen sey.

In der verbesserten Klage wurde behauptet, daß Pfarrer H. zur Zeit der Veräußerung schon überschuldet gewesen, demnach zuu Nachtheile seiner Gläubiger nichts mehr veräußern konnte, und in der Replik wird dieses dahin erläutert, daß diese Veräußerung gefährlicherweise zum Schaden der Creditoren geschehen sey.

Diese Behauptung muß von den Klägern bewiesen werden.

Das Landgericht hat erkannt, die Kläger haben zu beweisen, daß der Pfarrer H. schon zur Zeit der Veräußerung überschuldet gewesen, und daher diese Cession resp. Schankung gefährlicherweise zu ihrem Schaden geschehen sey.

Hierüber haben sich die Beklagten beschwert, und mit Recht; denn daraus, daß Pfarrer H. überschuldet gewesen, kann allein noch nicht mit Gewißheit gefolgert werden, daß er die Cession gefährlicherweise gemacht habe.

Den 30. December 1829.

45.

Erkenntniß IIItiae.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in dem Rechtsstreite der Ereditoren des verstorbenen Pfarrers H. zu V. gegen die Relicten des Metzgers S. zu H. pcto. actionis paul. zu Recht, und bestättigen das vom königl. Appellationsgerichte für den *** Kreis am 30. December 1829 erlassene, und am 28. Jänner 1830 eröffnete Erkenntniß in Haupt- und Nebensache unter Verurtheilung der H.'schen Ereditoren in die Kosten dieser Instanz, und zugleich in eine Succumbenztaxe von sechs Thalern aus folgenden

Gründen:

1. Über die Verwerflichkeit des Antrages der Revisionssuchenden H.'schen Ereditoren, die Cession vom 31. Juli 1822 über die in Frage stehenden Grundstücke wegen unterlassener, obrigkeitlicher Protocollirung als an und für sich ungiltig zu erklären, wird sich auf die appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe bezogen, und denselben noch Folgendes beigefügt: Auch aus dem constitutionelen Edicte vom 26. Mai 1818 über die Siegelmäßigkeit, kann die Ungiltigkeit der Cession nicht abgeleitet werden; denn der § 2. läßt es in Ansehung der Unsiegelmäßigen bloß bei der gesetzlichen Regel, vermöge welcher nur Eheverträge, Vergleiche, Vollmachten u. dgl. obrigkeitlich protocollirt werden sollen, unter diese Rechtsgeschäfte kann aber die vorliegende Cession nicht subsumirt werden.

Eben so wenig findet der § 5., welcher siegelmäßige Personen als Contrahenten voraussetzt, auf den gegenwärtigen Fall Anwendung, in welchem die Cession zwischen zwei unsieglmäßigen Individuen vor sich gegangen ist; wollte man aber auch folgerungsweise den § 5. hieher anwenden, so wäre doch darin die Nichtigkeit der Verträge vor der Anzeige derselben zur Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht aus-

gesprochen, welche Anzeige noch immer nachgeholt werden könnte.

Überhaupt konnte und wollte durch das Edict über die Siegelmäßigkeit an den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über die Verträge der unsiegelmäßigen Personen nichts abgeändert werden.

2. Auch der eventuele Antrag der Revisionssucher auf Wiederherstellung der ihnen in erster Instanz gemachten Beweisauflage findet nicht statt. Diese lautet dahin: „daß H. schon zur Zeit der Cession überschuldet gewesen und daher die Cession gefährlicherweise zum Schaden der Gläubiger geschehen sey.“ Vermöge der Gerichts-Ordnung cap. 19. § 19. nro. 2. können dergleichen, d. h. vor Anfang des General-Concurses gemachten Particularzahlungen oder Veräußerungen nur auf den Fall widerrufen werden, wenn aus den Umständen erscheint, daß solche nicht redlich, sondern gefährlicherweise zum Präjudiz und Schaden der Gläubiger geschehen seyen.

Diese gesetzliche Bestimmung wird in den Annotationen lit. b. noch näher erläutert.

Zur Begründung der Actio pauliana ist demnach eine vor dem Ausbruche des General-Concurses geschehene Veräußerung für sich nicht hinreichend, sondern es müssen damit Umstände concurriren, aus welchen die unredliche gefährliche Absicht als Bestimmungsgrund hervorgeht, z. B. eine ungewöhnliche oder unmäßige Schankung, ein sehr geringer Verkaufspreis und mehr dergleichen praesumtiones fraudulentae alienationis.

Da nun die erstrichterliche Beweisauflage die rechtliche Probe nicht besteht, so mußte das appellationsgerichtliche Erkenntniß, daß H. die fraglichen Grundstücke nicht redlich, sondern gefährlicherweise zum Schaden der Gläubiger cedirt habe, um so mehr bestättigt werden, als die Revisionssucher kein eventueles Petitum gestellt haben, wornach das zweitrichterliche Beweisinterlocut in der einen oder andern Art geändert werden möchte, und es bleibt lediglich den Revisionssuchern überlassen, Umstände darzuthun, aus welchen der böse Glaube

des Pfarrers H. bei der Abtretung der Grundstücke an seinen Schwager S. erhellt.

Die Entscheidung über die Kosten erster Instanz bleibt ausgesetzt, da noch ein Beweisverfahren in Mitte liegt.

Die Compensirung der Kosten zweiter Instanz wird durch die erfolgte Reformation gerechtfertigt, in die Kosten dieser Instanz waren aber die Revisionssucher als unterliegender Theil zu verurtheilen.

München, den 17. Mai 1834.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden.

Frankl.

Rechtsfall XV.

über ein

Pactum succeſſorium.

Mitgetheilt

von

Herrn Doctor Mündler,

königl. Advokaten zu Pfaffenhofen.

Einleitung.

Am 19. April 1823 schloß der Eisengerichtsdiener Lorenz H. zu M**ch mit seinem Sohne Xaver H. und seinem Stiefsohne Joseph R. den im Auszuge folgenden Vertrag ab:

Lorenz H., kön. Eisengerichtsdiener zu M**, persönlich vor Gericht anwesend, verträgt sich auf Hinscheiden seiner Ehefrau Theresia mit den vorhandenen zwei vogtbaren Söhnen, als Jos. R., Rentamts-Oberschreiber zu W. von erster Ehe und Xaver H., Gerichtsdienersgehilfe allhier von zweiter Ehe, um das derselben anverstorbene mütterliche Erbgut auf nachstehende Art und Weise:

1. Verbleibt der vertragende Vater in dem fernern und ungestörten Besitze des gesammt liegenden und fahrenden Vermögens, so wie sich dasselbe gegenwärtig befindet, dagegen

2. verbindet er sich, jedem seiner obigen zwei Söhne zu einem Muttergut 600 fl., sohin ihnen zusammen 1200 fl. in der Art zu bezahlen, daß der Stiefsohn Joseph R. im Falle einer Anstellung oder sonstigen Versorgung nach vorgängig halbjähriger Aufkündigung seinen Antheil per 600 fl. baar zu fodern berechtigt seyn soll.

Nach Verfluß von 3 Jahren und wenn sohin bis dahin obiger Fall nicht eintreten sollte, solle der Sohn Jos. R. befugt seyn, obig sein Muttergut förmlich aufzukünden, und der vertragende Vater oder seinerzeitige Besitzer des Anwesens ist sodann verpflichtet, nach Verfluß eines halben Jahres dem

Sohne Jos. R., zu dessen verzinslicher Anlage obige Summe baar herauszubezahlen.

2c. 2c. 2c.

5. Auf allenfalls erfolgendes Verabsterben eines dieser Söhne im ledigen Stande soll derselbe aus seinem Vermögen zur Erde bestattet und mit dem Überreste von dem Vater und dem überlebenden Bruder zu gleichen Theilen geerbt werden.

2c. 2c. 2c.

Jos. R. hatte sich bei seinen Lebzeiten noch außer seinem Muttergut Vermögen gesammelt, und nachdem derselbe im Sept. 1828 gestorben war, und die Verlassenschaftsbehörde, das kön. Kreis- und Stadtgericht M. den sämmtlichen Rücklaß des Erblassers dessen Stiefvater auf den Grund des vorerwähnten Vertrags ausgehändigt hatte, ohne die Intestaterben vorerst hierüber zu vernehmen, stellten diese, nämlich Franz L. und Consorten, gegen den Stiefvater Lorenz H., bei dessen Domicilsbehörde dem kön. Landgerichte M**ch am 5. Mai 1830 folgende Klage:

Am 3. Sept. 1828 starb zu M*** der ehevorige Landgerichts-Oberschreiber in P., Joseph R. ab intestato, und hinterließ nach dem beiliegenden Schema genealogicum unsere Mutter Anna L., Jägerin in B., resp. da diese bald hernach auch mit Tode abging, ihre Kinder und Unterzeichneten als nächste Intestaterben.

Das kön. Kreis- und Stadtgericht M., welches die Verlassenschaft verhandelte, unterließ hiebei die Vorladung unserer Mutter zu den Verhandlungen, und begnügte sich, für dieselbe unter der Firma für die abwesenden Erbsinteressenten, den kön. Advokaten R. in M. als Officialanwalt aufzustellen, und extradirte die ganze Verlassenschafts-Masse dem Stiefvater des Erblassers, dem Gerichtsdiener Lorenz H. in M**.

Um dieselbe Zeit, jedoch noch vor dem Schluße der Verhandlungen und insbesondere noch vor Extradition der Verlassenschaft an den vermeintlichen Erben Lorenz H., meldete sich unsere Mutter durch den kön. Advokaten St. schriftlich an, protestirte gegen die Aufstellung eines Officialanwaltes und dessen Verhandlungen, und insinuirte eventuel die Appel-

lation und Nullitätsbeschwerde. Sie wiederholte dieses am 16. Febr. 1829 gestellte Gesuch am 20. ejusd., wurde aber mit diesem ab- und auf den Rechtsweg verwiesen.

Ihre hierauf eingetretene Kränklichkeit verhinderte sie, ihre Rechte sogleich weiter zu verfolgen, und da sie am 26. Juli 1829 mit Tod abging, nachdem sie ihren Erbschaftsantritt bereits erklärt hatte, so treten wir, als ihre leiblichen Kinder und einzigen Intestaterben durchgehends in ihre Rechte ein, und treten dem zu Folge im Rechtswege mit der Erbschaftsklage gegen Lorenz H. auf.

Wir müssen vor allem die Verhandlungen des kön. Kreis- und Stadtgerichts in M. als null und nichtig anfechten, weil die Hauptperson, die am wesentlichsten betheiligte Intestat-Erbin, unsere Mutter Anna K. gar nicht gehört und geladen, sondern gänzlich umgangen, und der für die abwesenden Erbs-Interessenten ohne zureichenden Grund aufgestellte Offiz.-Anwalt sogar von der Verbindlichkeit befreit wurde, das Ratificatorium derjenigen beizubringen, von welcher er nicht bevollmächtigt war, und welche seine Handlungen ausdrücklich als unstatthaft und ungiltig erklärte und anfocht.

Es existirte gar kein zureichender Grund, einen Official-Anwalt zu bestellen, da dem Kreis- und Stadgerichte M. die Nähe des Verwandtschaftsgrades unserer Mutter früher bekannt wurde, als es den Officialanwalt bestellte, und sich überhaupt die Aufstellung eines Officialanwaltes nur dann rechtfertigt, wenn der eigentliche Betheiligte oder Erbe noch ganz unbekannt, landesabwesend, verhindert oder unfähig ist, seine Rechte selbst geltend zu machen und rechtlich zu verfolgen.

Jedenfalls war die Eingabe unserer Mutter vom 10. Februar 1829 die stärkste Veranlassung, die Officialanwaltschaft aufzuheben, und es unserer Mutter, allenfalls unter Anberaumung eines Termines zu überlassen, sich selbst einen Anwalt zu wählen, und ihre eigenen Anträge zu stellen.

Da nun solche Verhandlungen, wobei der am meisten Betheiligte wissentlich umgangen wurde, bei dem actenmäßigen Mangel seiner Zustimmung, vielmehr bei seiner eingelegten Protestation mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet

sind, und für den Lorenz H. keinen sichern peremtorischen Rechtsstand herbeiführen können, (was die Verlassenschafts-Behörde selbst dadurch am deutlichsten beurkundete, daß sie unsere Mutter auf den Rechtsweg verwies), so ist unser Klagerecht formel begründet, und es bleibt uns noch übrig, auch dessen materiele Begründung nachzuweisen.

Das generalogische Schema beweiset, daß zur Zeit des Todes des Erblassers unsere Mutter als seine Tante seine nächste Verwandte, mithin seine einzige Erbin ab intestato war; die natürliche Erbfolge tritt aber als Regel ein, und gilt so lange, bis Jemand durch urbildliche Producirung eines letzten, rechtgiltigen Willens oder förmlichen Erbschafts-Vertrags ein näheres Recht auf die Verlassenschafts-Masse oder Erbschaft nachgewiesen haben wird.

Cod. civ. P. III. cap. 12. § 1. Nro. 1.

Lorenz H. gründete zwar seine Erbschafts-Ansprüche auf ein angebliches Pactum successorium vom 19. April 1823; allein dieses wurde weder im Original producirt, noch von unserer Mutter jemals agnoscirt, und macht daher noch keinen Beweis; denn das Anerkenntniß des Officialanwaltes, welcher selbst den Antrag stellte, die Beibringung des Ratificatorii für überflüßig zu erklären, steht ihr wegen Mangels specieler Vollmacht und Ratification nicht im Wege. Wenn es aber auch formel richtig wäre, und agnoscirt werden müßte, wogegen wir uns zur Zeit noch ausdrücklich verwahren, so kann doch dieser Vertrag nichts weniger, als für ein pactum successorium gelten, durch welches die Contrahenten sich gegenseitig zu Erben ihres gesammten Rücklasses eingesetzt hätten.

Der Vertrag vom 19. April 1823 umfaßt weder nach seinem buchstäblichen Inhalte, noch nach dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten ein anderes Object, als das — den zwei Söhnen der Theresia H. auszusetzende Muttergut; denn schon im Eingange dieses Vertrags heißt es wörtlich:

„Lorenz H. ꝛc. verträgt sich auf Hinscheiden seiner Ehefrau Theresia mit den vorhandenen zwei vogtbaren Söhnen Jos. R. und Xav. H. (deren Anwesenheit bei Errich-

tung des Vertrages übrigens nicht einmal behauptet wurde), um das denselben anverstorbene (d. h. durch den Tod ihrer Mutter angefallene) mütterliche Erbgut auf nachstehende Art und Weise."

Es liegt bei dieser deutlichen Erklärung auf offner Hand, daß es der Wille der Contrahenten durchaus nicht war, um etwas anderes zu contrahiren, als um das Muttergut. Es kommt auch in allen nachfolgenden specielen Vertragspuncten nicht eine Sylbe vor, daß die contrahirenden Theile Willens gewesen seyen, sich auch über andere Objecte zu vertragen, als über das Muttergut. Nun kann aber kein fremder Sinn in den Vertrag gelegt werden, welcher hierin nicht selbst liegt, und welcher nur gemuthmaßt werden müßte, ohne daß vollständige Gewißheit hierüber vorhanden wäre.

Das Haupterfoderniß eines jeden Vertrags besteht darin, daß von dem einen Contrahenten etwas versprochen, und das Versprochene von dem Mitcontrahenten acceptirt, und eine Gegenleistung stipulirt und angenommen wird.

Hiebei muß der beiderseitige Consens entweder ausdrücklich mit Worten, oder wenigstens stillschweigend mit Werken durch äußerliche Zeichen deutlich und verständlich declarirt seyn, wogegen das bloße Stillschweigen ohne Werke in contractibus veris nicht hinreichend ist.

Auch ist es das Haupterfoderniß eines jeden Vertrages, daß man bestimmt hieraus ersehen und abnehmen könne, worüber man sich vertragen wolle, welche Objecte Gegenstände der Convention seyen und dergleichen.

Allein von all diesem findet sich in der Urkunde vom 19. April 1823 keine Spur. Sie enthält mit keiner Sylbe die Bestimmung, daß sich die Contrahenten gegenseitig zu Erben ihres gesammten Rücklasses eingesetzt, mithin ein wahres pactum successorium abgeschlossen haben, vielmehr geht aus mehreren Stellen des Vertrages hervor, daß sich die Bestimmung des Schlußsatzes des § 2., wenn derselbe auch ächt und nicht unterschoben seyn sollte, nur für den Fall verstehe, wenn Jos. R. innerhalb der ersten 3 Jahre, und ohne Hinterlassung eines andern Vermögens, als seines stipulirten Mut-

terguts, mit Tode abgehen sollte; denn es wurde dem Jos. R. sogar gestattet, nach 3 Jahren sein Muttergut aufzukünden.

Lorenz H. hat bei der Verhandlung vom 19. April 1823 seinen beiden Söhnen, wovon jedoch Jos. R. nur der Stiefsohn war, lediglich das Muttergut ausgezeigt, wozu er nach den Gesetzen verbunden war; man kann daher nicht sagen, er habe einen — den zwei Söhnen vortheilhaften, wahrhaft lucrativen Contract mit denselben abgeschlossen, so daß sie sich quasi aus Dankbarkeit herbeiließen, ihn zum Erben ihres ganzen Rücklasses zu instituiren. In Beziehung auf den Xaver H. ist der sogenannte Erbvertrag nichts anders, als eine Wiederholung der gesetzlichen Bestimmung, nach welchem er im Falle kinderlosens Absterbens vor seinen Ältern, wovon aber die Mutter durch deren ältern Sohn Joseph repräsentirt wird, beerbt wird, und wahrscheinlich dachte der Verfasser dieses Contracts, wenn er je in legaler Form aufgenommen ist, gar nicht daran, daß Jos. R. der Stiefsohn des Lorenz H. sey, mithin von diesem nicht ab intestato beerbt werden könne.

Ein besonders wichtiger Umstand, welcher unsere Behauptung rechtfertigt, daß Jos. R. schlechterdings nicht im Sinne gehabt habe, mit Lorenz H. ein pactum successorium abzuschließen, besteht darin, daß sich diese beiden Individuen ganz fremd waren, und nur dadurch, daß die Wittwe Theresia R. den Lorenz H. ehelichte, mit demselben in Verbindung kam, daß sie aber stets sehr feindlich gegen einander gesinnt waren, und sich so wenig leiden konnten, daß Jos. R., wenn er bisweilen nach M. kam, ungeachtet er ein eigenes Zimmer in dem Hause seines Stiefvaters hatte, doch nicht in diesem, sondern im Wirthshause logirte. Daß dieses Verhältniß feindseliger Gesinnung nach dem Tode der Mutter eher zu als abnahm, ist wohl begreiflich, mithin fällt selbst die entfernteste Wahrscheinlichkeit weg, daß Jos. R. den Lorenz H. habe zum Universalerben einsetzen wollen.

Es existirte hiezu durchaus kein vernünftiger Grund, indem Jos. R. sehr arme Verwandte hatte, welche er gewiß

nicht übergehen wollte, und weil nicht auch Lorenz H. vice versa seinem Stiefsohne die Beerbung zusicherte, daher zwischen diesen beiden nicht einmal ein wahres pactum succesforium besteht.

Selbst der Beisatz, wenn einer der Söhne im ledigen Stande sterben sollte, verräth, daß kein förmliches pactum de succedendo universale beabsichtiget war, weil es dem Jos. R. freigestellt war, sich zu verehelichen, und hiedurch das ganze vermeintliche pactum aufzuheben.

Gestützt auf die Behauptung, daß ein rechtsgiltiger, die Intestaterbfolge aufhebender Vertrag über den ganzen dereinstigen Rücklaß des Jos. R. von demselben niemals abgeschlossen worden sey, stellen wir gegen Lorenz H., welcher die Extradition der Erbschaft zu erschleichen wußte, und der sich pro haerede pactitio gerirt, Kage und bitten gehorsamst:

denselben zu verurtheilen, daß er schuldig sey, uns die ganze Erbschaft des Jos. R., wie ihm dieselbe am 27. Februar 1829 extradirt wurde, sammt allen hievon abgefallenen Früchten zu restituiren, und uns alle Kosten zu ersetzen.

Wir stellen außer diesem Hauptpetitum auch noch das Incident= Gesuch:

zu verfügen, daß nach Cod. civ. P. III. cap. 1. § 9. nr. 16. bis zum Ausgange des Streites von der Erbschaft nichts veräußert, und Lorenz H. angehalten werde, die ihm extradirten Erbschaftsgegenstände, insbesondere die 3 Schuldobligationen des Stadt=Magistrats M., jede zu 1000 fl. — dann die Baarschaft von 791 fl. 16 kr. gerichtlich zu hinterlegen.

Das kön. Landgericht M**ch eröffnete jedoch den Klägern am 22. Juni 1830, daß es sich aus nachstehenden Gründen für incompetent erachte, auf die Klage zu verfügen:

a) die Anm. zum cod. civ. sprechen sich im III. Th. 1. Cap. § 9. Nr. 10. deutlich dahin aus, daß mit der actio haereditatis da angebunden werden müsse, wo der Erblasser seines Domicilii oder Privilegii halber gestanden ist, mithin dieses Forum alle übrigen fora particularia, contractus,

rei litae und sonst nach sich ziehe, welchem zufolge es keinem Zweifel unterliegen kann, daß diese Klage nirgends anders, als zum königl. Kreis- und Stadtgerichte M. resortire.

b) Man habe vom kön. Kreis- und Stadtgerichte M. die Jos. R.'schen Verlassenschafts-Acten requirirt und aus demselben ersehen, daß die nunmehr verstorbene Anna K. auf ihre Eingabe vom 10. Febr. 1829 durch Decret vom 17. Febr. so eben genannten Jahres auf den Rechtsweg verwiesen wurde, wodurch die neuerlich in Anregung gebrachte Angelegenheit gewissermassen bei dem kön. Kreis- und Stadtgerichte M. schon pendent wurde, und hauptsächlich aus diesem Grunde könne der Umstand von keiner Erheblichkeit seyn und das kön. Landgericht M**ch in Anspruch genommen werden, wenn auch am 27. Febr. 1829 die R.'sche Erbschaft an den in M**ch domizilirenden Gerichtsdiener H. extradirt worden sey.

c) Auch aus dem Grunde sey das königl. Landgericht M**ch nicht, sondern das kön. Kreis- und Stadtgericht M. für den vorliegenden Fall competent, weil in der actio haereditatis petitionis vom 8/15. Mai d. J. mehr oder weniger die Nullitätsbeschwerde influire, welche nach cod. jud. cap. 16. § 2. Nr. 4. in den Anmerkungen nur bei dem letzterwähnten Gerichte oder bei dem höhern Richter angebracht werden könne.

Franz K. und Consorten reichten hierauf ihre Klage bei dem kön. Kreis- und Stadtgerichte M. ein, welches sich mit Decr. vom 28. Sept. 1830 gleichfalls nicht für competent erachtete und zwar aus folgenden Gründen:

1) Die Extradition des Oberschreibers Jos. R.'schen Nachlasses an den Gerichtsdiener Lorenz H. sey auf den Grund eines Vertrages vom 19. April 1823 bereits vollzogen, der Verlassenschafts-Proceß sonach abgethan und beendigt. Wollten daher

2) Erbsansprüche erhoben werden, so müßte dieß gesetzlicher Ordnung nach vor jenem Gerichte geschehen, dem der Erbe,

an welchem extradirt worden, seiner Person nach untergeben ist, und hindere

3) nicht, daß im Vertrage vom 19. April 1823 hauptsächlich nur von Vererbung des Mutterguts der R.'schen Söhne die Rede sey; denn im 3. Puncte des Vertrags sey incidenter auch von dem zu vererbenden Vermögen im Allgemeinen die Rede, und wenn das auch nicht wäre, so würde doch

4) in Folge des Grundsatzes nemo pro parte testatus, pro pactu intestatus decedere potest — cod. civ. bav. P. III. cap. 3. § 9. Nr. 4. der auf das Muttergut instituirte Erbe zugleich auch Erbe des übrigen Vermögens seyn, woraus von selbst erhelle, daß

5) die versuchten Eingelenke ohne juridischen Grund waren, daß sie die Extradition der Verlassenschaft an Lor. H. nicht hemmen konnten, daß dieselbe vielmehr plena causae cognitione erfolgte, und daß sonach von einer Nullität der Verhandlung vernünftigerweise niemals die Rede seyn könne.

Nun wendeten sich Franz L. und Consorten am 26. Oct. 1830 an das kön. Appellations-Gericht mit der Bitte zu bestimmen, welches Gericht competent sey, worauf ein kön. allerh. Rescript vom 23. Jän. 1831 erfolgte, welches beschloß, daß in der Erwägung, daß die genannte Verlassenschaftssache durch Extradition der Nachlaßmasse an Lor. H. bereits beendiget, sohin die dießfallsige Competenz der Verlassenschafts-Behörde erloschen, und in dem neu erhobenen Erbschaftsstreite der Gerichtsstand des Wohnortes für den beklagten Lorenz H. zu M***ch begründet sey:

— das Landgericht M***ch die vorliegende Civilproceßsache in gesetzlicher Ordnung zu verhandeln und zu erledigen habe.

Nach verhandelter Sache erkannte das kön. Landgericht M***ch am 20. Aug. 1831 zu Recht:

1) Der beklagte Lorenz H. sey verbunden, die Jos. R.'sche Erbschaft an die klagbar aufgetretenen R.'schen Intestaterben Franz L. und 4 Cons. in der Art und Weise und in demselben Quantum zu restituiren, wie sie un-

ter dem 27. Febr. 1829 bei dem kön. Kreis- und Stadt-Gerichte M. an ihn extradirt worden ist, mit Abzug von 448 fl. 43 kr., welche ihm verbleiben.

2) Derselbe sey ebenfalls verbunden, den R.'schen Intestaterben die Früchte zu vergüten, die die zu extradirende Erbschaft seit dem 15. Mai 1830 abgeworfen hat.

3) Die von den Klägern implorirte amtliche Hinterlegung der diesen Rücklaß bildenden Obligationen und Baarschaft erscheint als nicht nothwendig und unstatthaft.

4) Die Kosten werden compensirt.

Gründe.

Ad 1) Dem beklagten Lorenz H. wurde von dem königl. Kreis- und Stadt-Gerichte M. am 27. Febr. 1829 der gesammte R.'sche Nachlaß auf den Grund des Punctes 5. in dem zwischen ihm und seinen 2 Söhnen Jos. R. und Xaver H. am 19. April 1823 errichteten Kindsvertrage ausgeantwortet und H. hat im Laufe des gegenwärtigen Rechtsstreites die Ansicht geltend zu machen gesucht, daß der gesammte R.'sche Rücklaß sein unbestreitbares Eigenthum sey, weil der oben erwähnte 5. Punct des Vertrages vom 19. April 1823 als ein pactum successorium erscheine, welches ihm das Recht auf die in Frage stehende Erbschaft gebe.

Es ist unverkennbar, daß nach cod. civ. P. II. cap. 11. § 1. der Punct 5. des erwähnten Vertrages vom 19. April 1823 alle Merkmale in sich trägt, welche diese Gesetzesstelle von einem Erbvertrage fodert, nämlich es ist hier ein Geding über einer noch lebenden Person künftige Erb- oder Verlassenschaft gemacht worden, wornach der § 5. des Kindsvertrags vom 19. April 1823 als pactum successorium aufrecht besteht.

Eine weitere Frage ist nun, worauf sich dieses pactum successorium beziehe, ob auf den gesammten R.'schen Rücklaß oder nur auf einen Theil desselben und auf ein gewisses Quantum des R.'schen Vermögens?

Der Punct 5. des befraglichen Vergleiches lautet:

„Auf allenfalls erfolgendes Absterben einer dieser Söhne — (des Jos. R. und des Xav. H.) — im ledigen Stande soll derselbe aus seinem Vermögen zur Erde bestattet und mit dem Überreste von dem Vater und dem überlebenden Bruder zu gleichen Theilen beerbt werden.“

Der hier gebrauchte Ausdruck „Vermögen“ ist in jeder Beziehung sehr unbestimmt und schwankend, und wenn aus demselben dasjenige gefolgert werden soll, was der beklagte H. daraus folgern will, nämlich, daß ihm die gesammte R.'sche Erbschaft gehöre, so muß das Wort Vermögen gleichbedeutend mit dem Ausdruck „gesammter R.'scher Nachlaß“ seyn.

Jedoch diese gleiche Bedeutung mit dem Worte Vermögen kann hier um so weniger angenommen werden, als die Lage der Dinge und die ganzen in Mitte liegenden Verhältnisse damit nicht im Einklange stehen, sondern Folgendes als das richtige Sachverhältniß sich darstellt.

Es ist eine notorische, im Markte M**ch allgemein bekannte und wenn es nothwendig seyn sollte, leicht zu constatirende Sache, daß Lorenz H. und sein Stiefsohn Jos. R. durchaus nicht in dem besten Einverständnisse mit einander gelebt haben, und dieser Mißstand bis zu dessen Tode nicht aufgehört hat.

Eine gleichfalls bekannte Sache ist es, daß Jos. R. arme und ganz unbemittelte Intestaterben hatte, welche er seinem Stiefvater H. gegenüber in ihren Erbsansprüchen gewiß nicht in der Art verkürzen wollte, daß er dem Beklagten Alles und diesen gar nichts zugewendet wissen wollte, gegen welch diese letzterwähnte Intention auch die Umstände streiten, daß H. durch die Auszeigung des Mutterguts ad 600 fl. für Jos. R. nichts weiter gethan hat, als was er nach den Gesetzen schuldig war, und daß er selbst in dem Kindsvertrage v. 19. Apr. 1823 einen unilateralen ganz zu seinen Gunsten, ohne Vortheil für den Jos R. bestehenden Erbsvertrag einfließen ließ, welcher wohl nichts anderes zum Zwecke hatte, als von dem Muttergute, welches H. dem Jos. R. auszuzeigen eben nicht sonderlich geneigt gewesen seyn mag, noch einen Theil wieder

für sich zu erlangen, wenn Jos. R. im ledigen Stande versterben würde.

Auf diese Ansicht der Sache stützt sich ganz unverkennbar der 5te Punct des Vertrages vom 19. April 1823, und es kann diesem nach nichts anderes als das Vermögen, aus welchem Joseph R. zu Erde zu bestatten ist, und welches bei dem schon früher erfolgten Tode des Xav. H. von dem Vater Lorenz H. allein zu beerben kommt, angenommen werden, als die dem R. zugedachten 600 fl. Muttergut, woraus weiter folgt, daß sich das oben als statthaft ausgesprochene pactum successorium auch nicht auf den gesammten Joseph R.'schen Rücklaß, sondern nur auf die Mutterguts-Portion von 600 fl. beziehen kann.

Nach act. nro. 2. bei dem kön. Kreis- und Stadtgerichte M. geführten R.'schen Verlassenschafts-Actes betragen die Funeralkosten 151 fl. 17 kr., welche vertragsmäßig von 600 fl. die dem Lorenz H. zugefallen, in Abzug gebracht werden müssen, ihn nunmehr 448 fl. 43 kr. treffen, die er sich zu Guten rechnen, all das übrige aber, was ihm am 27. Febr. 1829 bei dem kön. Kreis- und Stadtgerichte M. von dem Joseph R.'schen Gesammtrücklasse extradirt worden ist, an die Kläger als R.'sche Intestaterben zu restituiren hat.

Ad 2. In der Klage vom 8. praes. 15. Mai 1830 wurde das Petitum auf Restituirung aller Früchte gestellt, die von der Jos. R.'schen, am 27. Februar 1829 extradirten Rücklassenschaft abgefallen sind.

Vom 27. Februar 1829 bis zum 15. Mai 1830 hat der Beklagte H. die gesammte Erbsmasse, die ihm vom königl. Kreis- und Stadtgerichte M. extradirt wurde, im guten Glauben inne gehabt, daher von Vergütung an Früchten und Zinsen hier nicht wohl die Rede seyn kann, sondern dieselben können nur vom Tage der Klagsinsinuation, nämlich vom 15. Mai 1830 zu laufen anfangen, von wo an H. die Früchte zu vergüten hat, und zwar von demjenigen Erbschaftsquantum, wie in dem vorhergehenden Puncte ausgesprochen worden ist, daß er es an die Kläger zu restituiren hat.

Ad 3. Wenn es auch richtig ist, daß die im Streite befangenen, allenfalls der Consumtion unterworfenen Sachen bis zum Ausgange des Processes ad depositum judiciale genommen werden sollen, so ist es auf der andern Seite auch richtig, daß H. gerichtsbekannt ein wohlhabender, mit liegenden Gründen angesessener Mann ist, bei dem sich keine Verlustgefahr darbietet, weßwegen die gerichtliche Hinterlegung um so mehr als nicht nothwendig und als unstatthaft dasteht, als sich, wenn derlei Obligationen und Gelder durch Private benützt werden, weit ergiebigere Zinsen und Früchte erzielen lassen, als wenn die gerichtliche Hinterlegung statt findet, wo nur zwei vom Hundert erzielt werden.

Ad 4. Von den Rechtsverhältnissen, welche den Gegenstand des vorliegenden Streites bilden, kann auf keine Weise gesagt werden, daß sie auf platter Hand gelegen haben, sondern sie sind immerhin verwickelter und zweifelhafter Natur, und es erscheint von keiner Seite ein Streitsmuthwille, weßwegen die Kosten um so mehr compensirt werden müßen, als ein jeder der streitenden Theile theilweise obgesiegt hat, und theilweise unterlegen ist.

Gegen dieses Erkenntniß führte Lorenz H. die Berufung, und zwar über die Puncte 1, 2 und 4. nachfolgender massen aus.

Zu 1. Das kön. Landgericht M. behauptet selbst, daß der Punct 5. des Vertrages vom 19. April 1823 alle Merkmale an sich trägt, welche die Gesetzesstelle Thl. III. cap. 11. § 1. von einem Erbvertrage fodert, es sey nämlich hier ein Geding über einer noch lebenden Person künftige Erb- oder Verlassenschaft vorhanden, wornach dieser § 5. als pactum successorium aufrecht besteht.

Dieß vorausgesetzt, wirft das kön. Landgericht M. die Frage auf: Ob sich dieses pactum successorium auf den gesammten Jos. R.'schen Rücklaß, oder nur auf einen Theil desselben und auf ein gewisses Quantum des R.'schen Vermögens beziehe? Das kön. Landgericht M. glaubt, der im § 5. des Vertrages vom 19. April 1823 gebrauchte Ausdruck „Vermögen" sey in jeder Beziehung sehr unbestimmt und

schwankend, und könne nicht unter dem Begriffe „des gesammten R.'schen Rücklasses" subsumirt werden.

Ich nehme für gerichtlich bekannt an, daß der Vertrag vom 19. April 1823 im Puncte 5. nach allen gesetzlichen Merkmalen ein wirkliches pactum successorium sey, und daß ich nebst dem noch vorhandenen Bruder für den Fall gleichzeitiger Erbe sey, wenn selber im ledigen Stande versterben würde. Von beiden diesen Brüdern wurde ich als Erbe des über Berichtigung der Funeralien noch bestehenden Vermögensüberrestes unbedingt eingesetzt. Daß die Rücklassenschaft eines Verstorbenen das ganze Vermögen desselben umfange, wurde noch von keinem Rechtsgelehrten beanständet, und es sind die Gesetze hierüber ganz klar und zweifellos, weil der Begriff „Vermögen" ein allgemeiner Begriff ist, und für einzelne Theile desselben ohne besondern Ausdruck oder Bezeichnung nicht angewendet werden kann, wie auch der Begriff der Verlassenschaft das ganze hinterlassene Vermögen eines Verstorbenen in sich begreift.

Wie Kläger in ihrer Klage und Replik ihre vermeintlichen Beweise lediglich auf Muthmassungen, keineswegs aber auf Rechtsgründe stützen, so nimmt auch der Richter II. Instanz lauter Hypothesen zu Hilfe, um den Klägern ein günstiges Erkenntniß zu verschaffen.

Es wird nämlich angenommen, daß ich nnd mein Stiefsohn Joseph R. nicht in dem besten Einverständnisse mit einander gelebt haben, und dieser Mißstand bis zum Tode des letzten nicht aufgehört habe. Wenn dieser angebliche Umstand, der aber durchaus widersprochen wird, statt haben könnte, so relevirt er hieher gar nichts; denn entweder ist dieser angebliche Mißstand schon vor dem fraglichen Vertrage obwaltend gewesen, oder er entstand erst nach diesem Vertrage. Im ersten Falle würde er mir das Erbrecht gewiß nicht übertragen haben, und im letztern wird Niemand auftreten und behaupten können, daß ihn diese Bestimmung des 5. Punctes des Vertrages gereut habe; wäre dieß aber auch, so hebt inimicitia capitalis superveniens ein pactum doch nicht mehr auf, minder kann eine angebliche Disharmonie einen

gerichtlich abgeschlossenen und zum Theil schon erfüllten Vertrag zerstören.

Sey es, daß Jos. R. unbemittelte Intestaterben zurückließ, so muß man doch auch annehmen, daß er diesen Umstand gewußt habe, und daß sie keine Notherben waren, daß er also ganz frei und ledig zum Erben seines Vermögens einsetzen konnte, wen er wollte. Ungeachtet dieses Bewußtseyns bestimmte er doch über sein Vermögen unbedingt ohne Beschränkung, ohne Vorbehalt, wie der Vertrag vom 19. April 1823 Punct 5. ausweiset. Wollte er seinen Intestaterben das ganze oder einen Theil seines Vermögens zugewendet wissen, so hätte er es auch sicher gethan.

Es ist wohl richtig, daß ich meinem Stiefsohne Jos. R. und meinem Sohne Xaver H., welche beide von einer und der nämlichen Mutter geboren wurden, nach dem Tode derselben das Muttergut auszuzeigen schuldig war; allein das Quantum hievon war Sache der Convention, und beide diese Söhne waren mit der von mir ihnen überlassenen Summe in jeder Hinsicht wohl zufrieden, weil sie wußten, daß ihre Mutter zur Zeit, als ich sie ehelichte, kein Vermögen hatte, und ich sogar Schulden für sie bezahlte, und überdieß noch dem Joseph R. aus meinem Vermögen ein Vatergut ausgewiesen, und zur verzinslichen Anlegung gerichtlich übergeben habe, und beide selbst das Muttergut bei dem gänzlichen Mangel einer ehefräulichen Illation in die Ehe als eine freiwillige Gabe ansehen mußten.

Es ist übrigens nichts Seltenes bei den Gerichten, daß bei Übergabs-, Vater- und Mutterguts-Abnährunns-, s. a. Verträgen Pacta successoria eingeschaltet werden, welche eben so viel Kraft haben müssen, als stünden sie einzeln für sich, und wobei besonders bei gerichtlichen Verträgen der Consens der Paciszenten gesetzlich vermuthet, und der angebliche Dissensus von den Asserenten bewiesen werden muß.

Ob der fragliche Erbvertrag so ganz unilateral genannt werden könne, will ich salvo jure dahin gestellt seyn lassen.

Im nämlichen Puncte 5. habe ich Verbindlichkeiten übernommen, die mir die Benützung und Disposition meines Hau-

ses auf die ganze Lebenszeit meiner Söhne entzogen haben, und die Möglichkeit der längern Lebensdauer derselben, die auch als höchst wahrscheinlich angenommen werden mußte, würde bei meinem frühern Tode auf den nachfolgenden Besitzer des Hauses eine große Last gewälzt haben.

Die mir zugewendete Erbschaft kann sohin allerdings als bilateral und selbst als remuneratorisch angesehen werden.

Es wird kein Acten-Product gefunden, durch keine Zeugen nachgewiesen werden können, daß ich zur Mutterguts-Auszeigung genöthigt oder aufgerufen worden sey, wie das kön. Landgericht annehmen möchte.

Was ich meinen Söhnen als Muttergut auszeigte, was ich ihnen noch für Nebenvortheile eingeräumt habe, ging aus meinem freien Willen hervor; die Söhne acceptirten die ausgeworfene Mutterguts-Summe ꝛc. und das ganze Geschäft ging aus freiem Willen aller Paciscenten in Ordnung, authoritate judiciali und zur Zufriedenheit aller Theile vor sich.

Was in specie das pactum successorium betrifft, so konnte von mir um so minder eine Beredung, ein Zwang oder Hinterlist vermuthet werden, als nach den natürlichen Gesetzen ich gar nicht einmal vermuthen konnte, länger zu leben, als die mitvertragenden Söhne, und demnach ich keine Hoffnung haben konnte, diese beiden zu überleben.

Inzwischen trat der unvermuthete und von mir selbst als unmöglich geglaubte Fall ein, daß diese weit jüngern Mitcontrahenten vor mir verstarben, und man würde mich mit dem gelindesten Ausdrucke für einen Thoren erklärt haben, wenn ich dieses pactum succesſorium widersträubend von mir gewiesen hätte, und das mir eingeräumte Erbrecht, welches mir der frühere Tod meiner Söhne und resp. meines Stiefsohnes Joseph R. einräumte, fahren ließe.

Nachdem das kön. Landgericht M***ch den Punct 5. des Vertrags vom 19. April 1823 unverkennbar als einen Erbvertrag ausspricht, und die Aufrechthaltung dieses Erbvertrags nach den gesetzlichen Bestimmungen Th. III. Cap. 11. § 1. anerkennt, überdieß das Factum gegenwärtiger Erbschaftssache so klar vor Augen liegt, daß man zu unsichern Muthmassun-

gen keine Zuflucht nehmen darf, so ist es unbegreiflich, daß das kön. Landgericht M***ch sich in solche juridische Verirrungen und Widersprüche verstricken konnte!

Nachdem jeder letzte Wille strictissime interpretirt werden muß und hiebei auf die gebrauchten Worte alles ankömmt, so daß der als Erbschaft bestimmte Theil — es werden hier mehrere Erben von ungleichen Portionen vorausgesetzt — nicht auf das Ganze ausgedehnt, noch das Ganze auf einen Theil beschränkt werden darf, so müßte, um das hierin zu finden, was das kön. Landgericht M***ch aus lauter fingirten Hypothesen gefunden zu haben wähnt, angenommen werden, daß der Erbvergleich gänzlich perpler und contradictorisch sey.

Dieß widerspricht aber dem selbstigen Ausspruche des Richters I^mae, da er denselben als einen unverkennbar nach den Gesetzen abgeschlossenen Erbvertrag geltend anerkennt.

Vermögen ist ein allgemeiner Begriff, und begreift Alles in sich, was Jemand im Leben besitzt, und bei seinem Tode als universitas zurückläßt. Würde der Ausdruck bloß auf das in diesem Vertrage ausgesetzte Muttergut ausschlüßlich bezogen werden können, so müßte solches speciel angedeutet oder mit referirenden Worten ausgedrückt worden seyn, z. B. aus seinem Muttergutsvermögen oder aus diesem Vermögen oder aus vorstehendem Vermögen u. dgl. und auch dann würde nach dem Rechtsgrundsatze: nemo potest partim testatus et partim ab intestato decedere, die Erbschaft sich auf die ganze Rücklassenschaft erstrecken. Dieß sind die wahren gesetzlichen Ansichten, welche nach dem von dem kön. Landgerichte M***ch selbst bezogenen Gesetze Th. III. Cap. 11. § 1. concludent auf das vorliegende Factum des Erbvertrags den Anhaltspunct zur Entscheidung darbieten.

Ich kann hiebei auch nicht unbemerkt lassen, daß der Erb-Vertrag beider Söhne mich als erbendes Subject bezeichnet, und nur der überlebende Bruder als Miterbe zu gleichen Theilen eingesetzt ist; dann daß Jos. R. nach diesem Sinne fraglichen Erbvertrag bei dem frühern Tode seines Halbbruders Xav. H. selbst dadurch anerkannte, daß er dessen Verlassenschaft mit mir getheilt hat.

Da hiedurch ausführlich und nach gesetzlichen Bestimmungen nachgewiesen ist, daß das paetum succellorium im Puncte 5. des Vertrags vom 19. April 1823 das ganze rücklassende Vermögen des Joseph R. und nicht einen einzelnen Theil desselben bezielet, auch für diesen nicht zugegebenen Fall die Rechtsregel, daß Niemand zugleich mit und ohne Testament versterben könne, eintritt, so fällt auch für sich schon die Berechnung resp. Abzug der Funeralkosten an dem Muttergute hinweg, und es gebührt mir sohin die gänzliche Rücklassenschaft des Jos. R. ex legali pacto succellario.

Zu 2. Fällt, wie oben deducirt wurde, die Hauptsache weg, so müssen auch schon für sich die Accessorien, nämlich die Zinsen wegfallen, weil ich sie als possessor bonae fidei percipirt habe, und dieselben Früchte meines Eigenthums sind.

Selbst für den Fall, daß ich unterliegender Theil seyn könnte, können mir die Verzugszinsen nur von der Zeit an überbürdet werden, wo ich zur Verhandlung der Klagsache rechtlich wirksam citirt wurde, eigentlich von der Streitseinlassung an, welche den 9. Juni l. J. erfolgte, weil die gegentheilige Klage wegen dem Jurisdictions-Conflicte bis zur Erlassung des allerhöchsten Decrets vom 23. Jän. 1831 nicht wirksam war, und selbe mir nur mit der Abweisung der Kläger zur Wissenschaft, keineswegs aber zur Vernehmlassung und mit Wirkung der Citation mitgetheilt wurde.

Zu 4. Der vorliegende Rechtsfall ist sowohl in factischer als in gesetzlicher Rücksicht so klar und deutlich, daß die Anwendung des Gesetzes auf das Factum nichts minder als schwierig erachtet werden kann.

Die Schwierigkeit und das Verwickelte liegt nur in der Verdrehung der gegnerischen Klage und Replik, wodurch sich der Richter I. Instanz, das Factum und die Gesetze aus den Augen lassend, durch aufgestellte unerweisliche Muthmassungen zu Zweifeln und Abwegen hinleiten ließ; dieses strafbare Benehmen der Kläger sollte doch nicht ungeahndet bleiben, und sie sind mit der Verurtheilung in die Streitskosten noch sehr gering bestraft.

Das kön. Apvellations-Gericht bitte ich demnach:

Mit Aufhebung des Erkenntnisses I. Instanz zu erkennen, daß die Kläger mit ihrer Klage unter Verurtheilung in sämmtlich verursachte gerichtliche und außergerichtliche Kosten abzuweisen seyen,

Das kön. Appellations-Gericht erkannte hierauf unterm 16. März 1832 zu Recht:

Daß der Beklagte von der gegen ihn angebrachten Klage zu entbinden sey, und

die Kosten erster Instanz den Klägern aufgebürdet, die der zweiten aber compensirt werden.

Gründe.

Der von beiden Theilen anerkannte Vertrag d. d. 19. April 1823, worin der Gerichtsdiener Lor. H. seinem Stiefsohne Joseph R. und seinem leiblichen Sohne Xaver H. und zwar jedem derselben ein Muttergut von 600 fl. ausgezeigt hat, enthält sub Nro. 5, die Bestimmung, „daß wenn einer der gedachten Söhne im ledigen Stande sterben sollte, derselbe aus seinem Vermögen zur Erde bestattet und mit dem Überreste von dem Vater resp. Stiefvater und dem überlebenden Bruder zu gleichen Theilen beerbt werden soll."

Nach dem klaren Inhalt dieser Stelle liegt eine bedingte Erbseinsetzung vor, da der Ausdruck: „der Verstorbene soll von dem Vater resp. Stiefvater und dem überlebenden Bruder beerbt werden" gleichbedeutend mit der Bestimmung ist, daß letztere seine Erben seyn sollen.

Diese bedingte Erbseinsetzung ist keineswegs auf das Muttergut beschränkt, welches Lorenz H. seinen gedachten Söhnen ausgezeigt hat; denn

1. unter dem Vermögen einer Person im Allgemeinen versteht man nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche den Inbegriff aller derselben zugehörigen Vermögensrechte.

Da es nun in der besagten Stelle heißt, daß der nach Bezahlung der Leichenkosten verbleibende Überrest von dem Vermögen (nicht von dem Muttergute) des Verstor-

benen dem Vater und dem überlebenden Bruder zufallen soll, so gilt diese Verfügung unläugbar in Bezug auf den sämmtlichen Rücklaß des Defuncten um so mehr, als

b) schon die Erbseinsetzung zu erkennen gibt, daß die Contrahenten über eine Universitas zu verfügen Willens waren.

Der klare Sinn jener Verfügung besteht also darin, daß, wenn einer der gedachten Söhne im ledigen Stande sterben sollte, der sämmtliche Rücklaß desselben dem Vater und überlebenden Bruder als Erben zufallen solle.

Die Giltigkeit dieses Erbvertrages unterliegt keinem Bedenken, da

1. die beiden Söhne zur Zeit, wo dieselben ihre Einwilligung hiezu erklärt haben, bereits dispositionsfähig waren, was von den Klägern nicht beanständet wird, da ferner
2. die Acceptation von Seite des Lorenz H. durch dessen Unterschrift in der Urkunde d. d. 19. April 1823 außer Zweifel gesetzt, so wie endlich
3. der besagte Vertrag gemäß der Bestimmung des Landrechts P. III. cap. 11. § 1. Nro. 10. obrigkeitlich errichtet worden ist.

Der Umstand, daß keine gegenseitige Erbfolge bedungen wurde, alterirt die Sache keineswegs, weil in den Gesetzen nirgends eine solche Dispositionsbeschränkung angeordnet ist, wornach nur reciprocirliche Erbsverträge zulässig wären. Beurtheilt man nun hienach den vorliegenden Fall, so ist klar, daß Lorenz H. nach dem im September 1828 erfolgten Ableben seines Stiefsohnes Jos. R. zur Succession in den Rücklaß desselben als haeres. pactitius allein berufen war; denn

aa) Jos. R. ist, was von den Klägern eingeräumt wird, im ledigen Stande gestorben, und es ist sohin die Bedingung eingetreten, unter welcher Lorenz H. in dem Erbsvertrage d. d. 10. April 1823 als Miterbe eingesetzt wurde; und da ferner

bb) Xaver H. schon früher gestorben ist, und daher nach dem Grundsatze, daß Niemand theils testato theils intestato sterben könne, das jus accrescendi Platz greift, so gebührt dem Lorenz H. die ganze Erbschaft des Joseph R.

cc) Was die von dem Richter I^mae angeführten Umstände anbelangt, daß Jos. R. mit seinem Stiefvater nicht im besten Einverständnisse lebte, daß derselbe arme Anverwandte gehabt habe, daß Lorenz H. durch die Auszeigung des Mutterguts lediglich einer gesetzlichen Verbindlichkeit nachgekommen sey und endlich, daß der fragliche Erbvertrag einseitig zu Gunsten des Lorenz H. abgeschlossen worden sey, so ist zu erwägen, daß sich alle diese Vermuthungsgründe bei dem klaren Inhalte des Erbvertrages als irrelevant darstellen. Diese Umstände würden wohl beachtet werden müssen, wenn es auf die Auslegung einer dunkeln Vertragsbestimmung ankäme, was aber aus den erörterten Gründen nicht der Fall ist.

Daß ferner diese vom Richter I^mae angeführten Umstände auf keine Weise der rechtlichen Giltigkeit des fraglichen Erb-Vertrages entgegenstehen, ist von selbst klar.

Demnach war in der Hauptsache, wie geschehen, zu erkennen. Die Kosten I^mae mußten den Klägern, als dem sachfälligen Theile überbürdet werden, da keine erhebliche Ursache zur Compensation vorliegt; die Kosten II^dae waren bei der reformatorischen Eigenschaft des gegenwärtigen Urtheils zu compensiren.

Cod. jud. cap. 17. § 4. et in not.

Hiegegen ergriffen Franz L. und Consorten am 14. Mai 1832 die Revision und führten in selber an:

Sowohl die streitenden Theile, als die beiden untern Gerichtshöfe sind darüber einig, daß die Entscheidung der vorliegenden Streitsache lediglich von der richtigen Interpretation des § 5 der Urkunde vom 19. April 1823 abhänge.

Um aber den Sinn einer Urkunde zu ergründen, ist es vor allem nothwendig herzustellen, unter welchen Begriff die-

selbe zu stellen sey und welches die eigentliche Intention des Ausstellers der Urkunde gewesen seyn möge?

Joseph R. und sein Bruder Xaver H. foderten von Lor. H. nach dem Tode seiner Gattin das Muttergut, zu dessen Auszeigung er nach dem Gesetze verbunden war.

Die Form und der ganze Inhalt des Vertrags sprechen laut dafür, daß bei der Verhandlung vom 19. April 1823 gar keine andere Tendenz vorherrschend war, als das Muttergut zu bestimmen und festzusetzen, und weil sich Lorenz H. selbst unumwunden äußert, er sey den beiden Söhnen nicht so viel Muttergut schuldig gewesen, als er ihnen ausgemacht habe, daher er — nach seiner Ansicht — mehr aus gutem Willen als aus Verbindlichkeit gehandelt habe, so läßt es sich schon in dieser Hinsicht erklären, daß er darauf angetragen haben mag, daß dasjenige, was er seinen Söhnen zum Besten that, nicht auch dritten oder fremden Personen zu guten gehen solle, und daß es deßwegen billig sey, daß wenn einer der Söhne im ledigen Stande sterben sollte, das demselben mehr aus gutem Willen als aus strenger Verbindlichkeit (in quanto von 600 fl.) ausgesetzte Muttergut theils auf den andern Bruder, theils an den Vater resp. Stiefvater zurückfallen solle.

Dieser Vertragspunct hat, besonders wenn man hiebei erwägt, daß Jos. R. dortmals noch kein anderes Vermögen hatte, oder daß wenigstens von einem andern durchaus keine Rede war, gewiß keinen andern Sinn, als daß die Söhne, so lange sie noch im ledigen Stande sich befinden, über den Gegenstand des Vertrags nämlich über das bedungene Muttergut nicht testamentarisch verfügen durften, weil er ex pacto dem Vater und Bruder zufällt, wenn der Sohn und resp. Bruder im ledigen Stande mit Tod abgehen solle.

Enthielte der § 5 einen reinen, unbedingten und allgemeinen, d. h. auf alle künftig zu erwerbende Vermögenstheile Bezug habenden Erbvertrag, so müßte sich Jos. R. des Rechts zu testiren oder einen andern Erbvertrag abzuschließen gänzlich begeben haben; allein dieses war durchaus nicht der Fall, vielmehr war dem R. das Recht vorbehalten, nach 5 Jahren sein Muttergut aufzukünden und hierüber quovis modo nach

Belieben zu disponiren. Es ist mithin klar, daß nach dem Sinne der Contrahenten ihre Absicht keineswegs dahin ging, den Joseph R. zu binden oder ihn zu zwingen, sein Vermögen, am wenigsten sein künftig erst erwerbendes Vermögen seinem Stiefvater hinterlassen zu müssen, sondern daß die Beschränkung, welche ihm der Vertrag auflegte, lediglich das Muttergut selbst und selbst dieses nur auf die Dauer seines Cölibats affizirte.

Wenn nun der § 5 keinen allgemeinen und keinen unbedingten noch weniger einen zweiseitigen Vertrag über die künftige Beerbung der Contrahenten enthält, so fällt der Grund der appellationsgerichtlichen Entscheidung zusammen.

Ein eigentlicher Erbschafts-Vertrag hat das besondere Merkmal, daß er ohne Einwilligung sämmtlicher Interessenten einseitig nicht aufgehoben werden kann. Aus dem Vertrage vom 19. April 1823 geht aber deutlich hervor, daß Jos. R. ohne an die Einwilligung des Lor. H. gebunden zu seyn, zu heurathen und mittels der Heurath anderwärtige Erbschafts-Verträge zu schließen, zu testiren ꝛc. befugt gewesen sey. Lorenz H. hatte in dieser Beziehung nicht das mindeste Widerspruchsrecht, und hierin liegt das unverkennbare Criterium, daß die Stipulation vom 19. April 1823 weder ein allgemeiner, sich auf gegenwärtiges und künftiges Vermögen erstreckender, noch ein unbedingter, noch minder ein gegenseitiger Erbschafts-Vertrag gewesen sey, und da er dieses nicht ist, so sind die hierauf allein gegründeten Ansprüche des Geklagten auf gesammten Rücklaß des Jos. R. unzureichend und ungiltig, unsere Klage mithin gerechtfertigt.

Nach unsern Gesetzen kann allerdings ein Vertrag über einen Theil des Vermögens oder über einen bestimmten Gegenstand einer Erbschaft abgeschlossen werden. Da der Vertrag vom 19. Juli 1823 die Merkmale eines allgemeinen Erb-Vertrags nicht hat, so kann er nur als ein spezieler Vertrag angesehen und ausgelegt, und dessen Inhalt nicht auf Rechte ausgedehnt werden, welche hierin nicht bedungen oder namentlich vorgetragen sind.

Jedes Testament und jeder Erbvertrag ist eine Abweichung von dem Naturrechte und dem positiven Gesetze, und muß daher genau nachweisen, was und wie viel dem Instituirten wirklich zugedacht sey; denn alle Vermögensurtheile, worüber der Vertrag nicht speciel verfügt, fallen dem Intestaterben zu, wenn der haeres pactitius nicht ausdrücklich als Universalerbe erklärt ist.

Der Sinn des fraglichen Vertrages ist nichts weniger, als so deutlich, daß man mit kurzen Worten darüber absprechen könnte; zumal da sich der ganze Vertrag auf das Muttergut erstreckt, und der wichtigen Bestimmung des Erbschaftsrechtes nicht einmal ein eigner Paragraph gewidmet ist, sondern dieser Punct nur gelegenheitlich eingeschaltet worden zu seyn scheint.

Sobald einmal die Nothwendigkeit eintritt, einen letzten Willen zu interpretiren, gilt als erste Regel, daß man so viel als möglich die Absicht der Disponenten durch vernünftige und wahrscheinliche Muthmassungen zu entdecken suchen müsse.

Nun existiren in concreto solche Vermuthungen in Menge, welche alle dahin zielen, daß die Absicht des Joseph R. hinsichtlich der Erbseinsetzung des Lorenz H. lediglich nur auf die 600 fl. Muttergut gerichtet war.

Es bestand zwischen Beiden durchaus keine Blutsverwandtschaft, die Liebe der Stiefältern zu den Stiefkindern ist sogar zum Sprichworte geworden.

Ortskundig ist es, daß ein solches Verhältniß zwischen R. und H. bestand, und daß ersterer, wenn er nach M**ch kam, lieber um sein Geld in einem Wirths- oder Privathause wohnte, als bei dem Stiefvater, wo er ein eigenes Zimmer unentgeldlich zu bewohnen hatte. Notorisch ist auch die Armuth der Anna L. und deren Relicten, welche R. in keinem Falle zu Gunsten des Stiefvaters zu präteriren beabsichtigte.

Ein Hauptumstand aber besteht darin, daß R. im Jahre 1823 noch kein anderes Vermögen besaß, als sein Muttergut, und daß er mithin zu jener Zeit gar nicht daran dachte, sei-

nem Stiefvater mehr als das Muttergut zuzuwenden. Judex II^dae unterschiebt ihm daher Absichten, welche er gar nicht haben konnte, nämlich seinen Stiefvater zum Erben eines — erst nach Jahren zu erwerbenden, dortmals also noch in quali et quanto ungewissen Vermögens einzusetzen.

Judex a quo sagt, daß die vom Richter I^mae angeführten Umstände der rechtlichen Giltigkeit des Erbvertrages auf keine Weise entgegenstehen; allein dieser Satz ist auf den vorliegenden Fall ganz unrichtig angewendet; denn diese Umstände dienen als Interpretations-Vehikel gegen die beabsichtigte Ausdehnung des Vertrages auf den Gesammtrücklaß des Joseph R., mithin als Mittel, die wahre Absicht des Disponenten zu ergründen, und von einer rechtlichen Giltigkeit des Vertrages kann so lange noch keine Rede seyn, als nicht erwiesen ist, daß die Absicht des Jos. R. dahin ging, seinen Stiefvater zum Universalerben — selbst seines künftigen Vermögens einzusetzen.

Ein Vertrag von der Art, daß z. B. der Vater das Muttergut bestimmt, sich jedoch den Rückfall desselben bedingt, wenn der Sohn im ledigen Stande stirbt, ist eine im menschlichen Leben fast täglich vorkommende Erscheinung; allein der Abschluß eines universalen und doch einseitigen, d. h. nicht reciprocirlichen Erbschafts-Vertrages, wie ihn judex II^dae auslegt, widerspricht der Natur der Sache, dem Rechte und der Billigkeit, so wie dem Sprachgebrauche; er kann daher nicht vermuthet, sondern muß in jener Extension legal erwiesen werden.

Wir bitten daher:

reformando zu Recht zu erkennen, daß lediglich die erstrichterliche Sentenz wieder herzustellen sey.

Das kön. Oberappellationsgericht erkannte am 20. Mai 1834 zu Recht, und beließ es bei dem Urtheile des königl. Landgerichts M**ch vom 20. August 1831 in der Art jedoch, daß der Früchte-Ersatz erst mit dem Tage der Insinuation des Decretes vom 24. Mai 1831 beginne.

Die Proceßkosten aller Instanzen wurden verglichen.

Gründe.

1. Durch das Urtheil vom 20. August 1831 sind bereits dem Beklagten als Stiefvater des im ledigen Stande verstorbenen Joseph R. nach Maaßgabe der Übereinkunft vom 19. April 1823 diejenigen 448 fl. 43 kr., welche nach Abzug der Begräbnißkosten von dem damals diesem ausgezeigten Muttergute übrig blieben, rechtskräftig zugesprochen. Es handelt sich also gegenwärtig von der übrigen Verlassenschaft desselben.

Diese nimmt H. nach dem Grund desselben Vertrags vor den Intestaterben seines Stiefsohnes in Anspruch, indem laut des § 5. in fine „auf allenfalsiges Vorabsterben eines der Söhne — nämlich gedachten Stiefsohnes und des inzwischen auch verlebten Xaver H. — im ledigen Stande derselbe aus seinem Vermögen zur Erde bestattet und mit dem Überreste von dem Vater und dem Bruder zu gleichen Theilen beerbt werden soll."

Allerdings ist hier von dem Vermögen der damals lebenden Söhne die Sprache, womit in der Regel die ganze Habe eines Menschen und nach dessen Tode dessen Verlassenschaft überhaupt bezeichnet wird. So so ferne spricht also der Vertrag als Hauptentscheidungsquelle für den Beklagten.

Allein bei der Auslegung und dem Vollzuge einer Willens-Erklärung, insbesondere zweiseitiger Verträge, worunter eben der Vertrag vom 19. April 1823 gehört, ist der Natur der Sache nach und gemäß gesetzlicher Bestimmungen nicht eine einzelne, obschon für sich erhebliche Stelle des Vertragsinstruments, sondern es ist dasselbe nach seinem Zusammenhange und dem eigentlichen Sinne der hierin niedergelegten Übereinkunft zu interpretiren.

2) In dieser Beziehung weiset nun die Überschrift der besagten Urkunde: „Kindsverträge pr. 1405 fl." darauf hin, daß nicht sowohl ein umfassender Erbvertrag für alles und jedes Lebensverhältniß der damals lebenden Söhne des Lor. H., sondern aus Veranlassung des Ablebens ihrer Mutter zwischen dem Vater resp. Stiefvater und jedem der Kinder

wegen des Mutterguts eine Abfindung regulirt, und eigentlich in zwei nun zusammengefaßten Verträgen die beiderseitige Leistung für jetzt und die Zukunft bestimmt werden sollte.

Dasselbe spricht auch der Eingang des Instruments umständlicher aus, mit den Worten: „Lorenz H., Eisengerichtsdiener zu M***ch, persönlich anwesend, verträgt sich auf Hinscheiden seiner Ehefrau Theresia mit den vorhandenen zwei Söhnen, als Jos. R., Rentamtsoberschreiber zu W. von erster Ehe und Xaver H., Gerichtsdienersgehilfe allhier von zweiter Ehe um das denselben anverstorbene Muttergut.“

Dieses Muttergut wird nun in dem § 2 näher auf 600 fl. für jedes Kind nämlich regulirt, wogegen laut des ersten Paragraphen der Vater im Fortbesitze des gesammten Vermögens verbleibt.

Das Muttergut aufzukünden, bleibt dem Stiefsohne Jos. R. erst nach 3 Jahren frei, besondere, dort näher bezeichnete Fälle ausgenommen. Nur über dieses wollte man sich vertragen.

Nachdem in den übrigen Paragraphen noch wegen des jedem Sohne gebührenden Bettes, eines vorbehaltenen Wohnungsrechtes im väterlichen Hause und dergleichen Näheres bestimmt ist, so folgt am Schlusse des 5. §. auf künftige Todesfälle die übrige Verfügung, welche also im engsten Zusammenhange mit dem Ganzen steht.

3. Wenn diese bezweckt hätte, dem jetzigen Beklagten und Revisen ein unbedingtes und vollständiges Erbrecht auf das künftige Vermögen des Stiefsohnes zu verschaffen, so hätte auch, — weil dieß über die ursprüngliche Veranlassung und den Hauptzweck des Geschäftes und des Zusammentritts der Interessenten vor Gericht hinausging — eine solche Willensmeinung auf Seite des Stiefsohnes deutlich erklärt, resp. es hätte vom Stiefvater als demjenigen, welcher hier einen Vortheil erwerben wollte, darauf gesehen werden müssen, daß die Redaction des gerichtlichen Protocolles gerade hierin keiner Dunkelheit unterliege.

Dann wäre davon, wer die Funeral-Kosten des etwa Vorabsterbenden zu tragen habe, und daß dieß aus dem Ver-

mögen des Letztern zu nehmen sey, zu sprechen überflüssig gewesen, indem es sich von selbst verstand, daß der einmal vertragsmäßig bestimmte Haupterbe resp. die Erben für ein standesmäßiges Leichenbegängniß des Erblassers zu sorgen hatten.

Dagegen beweiset gerade der Umstand, daß nach Abzug der Bestattungs-Auslagen der Überrest und zwar nicht einmal vom Vater resp. Stiefvater allein, sondern von ihm und dem überlebenden Bruder mitgeerbt werden solle, — daß die Söhne im Jahre 1823 keineswegs die Absicht hatten — selbst ohne gegenseitiges Erbrecht, wie beim pacto et testamento successorio reciproco — über den Vertrag des Mutterguts hinaus dem Vater (hier Joseph R. dem Stiefvater) unter Ausschluß der Blutsverwandten alles, was man durch Fleiß und Glücksumstände irgendwoher noch bekäme, unwiderruflich zuzuwenden.

4) Diese Resultate der logischen Interpretation sind im gegenwärtigen Rechtsfalle um so mehr zu berücksichtigen, als selbst der Wortlaut des Vertrags-Instruments dem Revisen keineswegs mit völliger Deutlichkeit und Präcision zur Seite steht, und den Fall eigentlich gar nicht berührt, welcher durch das Vorabsterben des Halbbruders Xaver H. und den erst nachherigen Tod des Joseph R. eingetreten ist. Denn eben nur von einem gemeinschaftlichen Beerben durch Vater resp. Stiefvater und Bruder mit Ausschluß der sonstigen Intestaterben spricht die Vertrags-Urkunde, also nicht davon, daß nach früherm Ableben des Bruders die letztern durch den Stiefvater des Joseph R. dennoch ausgeschlossen bleiben sollen.

In so ferne kömmt die gesetzliche Vorschrift cod. civ. P. III. cap. 1. § 18. und cap. 2. § 12. zur Anwendung, wornach Dispositionen der Art bei ihrer gewöhnlichen Bedeutung zu belassen, demgemäß auszulegen und in Vollzug zu bringen sind, außer die Worte hätten an sich gar keinen oder nur einen ungereimten Sinn, oder aliunde constatire die Gewißheit, daß man etwas anderes sagen wollte, als der Buchstabe des Documentes enthält.

5) Nach diesen Voraussetzungen war im Hauptpuncte, so wie der zu restituirenden Früchte halber die erstrichterliche

Entscheidung wieder herzustellen. In der letztern Beziehung tritt nur die Modification ein, daß der Anfang des den Revidenten gebührenden Genusses nicht der 15. Mai 1830 als der Präsentationstag des Klaglibells, sondern nur der Insinuationstag des Decretes vom 24. Mai 1831 seyn kann, indem erst dadurch, nach beseitigten Differenzen zwischen dem kön. Kreis- und Stadtgerichte M. und dem kön. Landgerichte M***ch pcto. competentiae durch Anberaumung einer Verhandlungs-Tagsfahrt der Proceß eingeleitet und Revise, wie bei jeder Citation zur Beantwortung einer Klage, in malam fidem — eventualiter versetzt worden ist.

6) Die Vergleichung aller Proceßkosten richtet sich nach der Vorschrift der Gerichtsordnung cap. 17. § 4.

Drei Erkenntnisse aus einem Servitutenstreite.

46.

Erkenntniß Imae.

Das königl. Landgericht A.

Hat in Sachen des Zachäus A., Bauers zu M. als Kläger gegen den Wilh. Frhrn. v. S. auf S. als Beklagten wegen einer Fahrt sich umständlichen Vortrag erstatten lassen und erkennt nach collegialer Berathung zu Recht:

I. Frhr. v. S. habe binnen 30 Tagen peremtorischer Frist zu beweisen, daß Zachäus A. mit den erfoderlichen Holz- und Streu-Fuhren aus dem an die Waldung des Frhrn. v. S. die Schranne genannt, anstossenden nördlichen Theile seines Holzes, welcher in dem beim gerichtlichen Augenscheine vom 18. August d. J. zum Grunde gelegten Steuerplane zwischen Lit. C. und B. G. gelegen ist, einen andern Weg befahren könne und zu befahren berechtigt sey, als welcher durch die Schrannen-Waldung des Beklagten führt und im obigen Plane mit Lit. A. und B. bezeichnet ist;

II. Kläger A. hingegen habe in eventum sub eodem termino zu beweisen, daß er das Fahrtrecht aus dem obigen nördlichen Theile seines Holzes auf dem durch das angränzende Frhrn. v. S.'sche Holz führenden Wege durch Verjährung erworben habe.

Suspensis interim expensis.

Gründe.

Zachäus A. spricht das Recht, mit den Holz- und Streufuhren aus seinem an den Wald des Freiherrl. von S., die Schranne genannt, angränzendem Holze, jedoch nur aus dem nördlichen Theile desselben, welcher in dem beim gerichtlichen Augenscheine vom 18. August d. Js. zum Grunde

gelegten Steuerplane zwischen C und B, G. gelegen ist, dem durch diese Waldung des Freiherrn von S. nach erwähntem Plane von Lit. B. nach Lit. A. führenden Weg zu befahren, aus dem zweifachen Grunde an:

I. weil er A. von und zu dem fraglichen Theile seines Holzes mit dem nöthigen Holz- und Streufuhrwerk nicht gelangen könne, außer auf dem durch die Frhrl. von S.'sche Waldung führenden Wege, und

II. weil ihm — A. dieses Fahrtrecht auch vermöge der gesetzlichen Verjährung zustehe.

Was nun

zu I. die von ihm behauptete Nothfahrt betrifft, so weiset der am 18. Aug. d. Js. mit Beiziehung zweier verpflichteter Sachverständiger gerichtlich vorgenommene Augenschein nach, daß der südliche Theil des A.'schen Holzes von dem nördlichen Theile desselben bei den auf dem Steuerplane mit Lit. B, G. bezeichneten Puncten durch ein so tiefes Thal und resp. durch einen so hohen, steilen Berg getrennt ist, daß beide Sachverständige es für nicht möglich erkannten, über diesen Berg, ohne einen bedeutenden Theil desselben abzugraben, zu fahren, welches ganz besonders der Fall sey, wenn Bauhölzer über denselben geführt werden müßten.

Es ist demnach gesetzlich bewiesen, daß A. von und zu dem nördlichen Theile seines Holzes mit beladenem Fuhrwerke nicht gelangen könne, ohne fremdes Eigenthum zu betreten, und derselbe daher zu Folge der Annotationen zum cod. civ. P. II. cap. 8. § 11. Nro. 1. lit. a und b. zur Befahrung des anstossenden Grundes auch berechtigt.

Aus dem vorgenommenen Augenscheine geht nun aber hervor, daß außer jenem Wege, welcher durch die Schrannenwaldung des Frhr. von S. führt, noch weiters 3 Wege und zwar bei den im Plane mit Lit. E, F und G. bezeichneten Puncten aus dem fraglichen Holze des A. in die angränzenden Hölzer mehrerer Bauern ablaufen, und es gilt daher noch die Frage, auf welchem dieser Wege die Nothfahrt auszuüben sey?

So lange nicht nachgewiesen ist, daß A. ein Recht habe, einen dieser Wege zu befahren, und so lange ihm von den angränzenden Eigenthümern nicht etwa ein anderer Weg ausgewiesen seyn wird, muß es bei einer Nothfahrt nach der Natur der Sache lediglich in der Willkühr des Klägers liegen, welchen der bestehenden Wege er befahren wolle. Da A. angibt, daß er nicht berechtigt sey, einen andern Weg, als jenen durch die Schranne zu seiner Fahrt zu benützen, da ferner aus den Voracten auch hervorgeht, daß er seit der Übernahme seines Hofgutes diesen Weg, welcher nach dem Urtheile der Sachverständigen wohl seit 100 Jahren schon besteht, befahren habe, und ihm der negative Beweis, daß er kein Recht habe, auf einem der drei übrigen Wege die Fahrt auszuüben, nicht aufgebürdet werden kann, so muß dem A. die Ausübung der Nothfahrt durch die Schranne nothwendig zuerkannt werden, wenn nicht sein Gegner, wie er behauptet, und daher zu beweisen auch verbunden ist, darzuthun vermag, daß dem A. noch andere Fahrtwege zu Gebote stehen.

Was die weitern Einwendungen des Frhrn. von S. anbelangt, daß der Augenschein erst im Beweisverfahren hätte angeordnet, die Sachverständigen ihn vorerst namhaft gemacht, der Vorschlag weiterer Experten ihm hätte überlassen werden sollen, und die vom Amte beigezogenen untüchtig seyen, so erscheinen dieselben nach den Bestimmungen des Cod. jud. cap. 12. § 3. als ganz grundlos, da nach diesen Gesetzesstellen der Augenschein sowohl vor, als nach dem Beschluße statt hat, die vorläufige Namhaftmachung der vom Gerichte beizuziehenden Sachverständigen, und der Vorschlag anderer von Seite der streitenden Theile nicht angeordnet ist, und eine gegründete Einwendung gegen die Tüchtigkeit der seit Jahren als sachverständige Öconomen bereits verpflichteten und verwendeten Individuen auch nicht hätte vorgebracht werden können.

Zu II. Zachäus A. behauptet, das Fahrtrecht durch die Schrannenwaldung des Freihrn. von S. auch durch Verjährung bereits erworben zu haben, und da durch selbe nach Cod.

civ. P. II. cap. 4. § 1. et seq., dann cap. 7. § 5. sowohl das Eigenthum fremder Sachen, als auch besondere Gerechtsame und Servituten hierauf erlangt werden können, so muß dem A. auch gestattet werden, den Beweis der Fahrts-Verjährung für den Fall zu liefern, wenn aus dem seinem Gegner aufgeladenen Beweise hervorgehen würde, daß eine Nothfahrt nicht vorliege.

Zwar wird von dem Beklagten ein dem kön. * * * Kreisfiscalate als Litisdenunciaten dagegen eingewendet, daß

a) auf die unterm 8. Juni 1823 an die in der Nähe der damaligen Staatswaldung Schramme gelegenen Gemeinden vom kön. Landgerichte A. ergangene öffentliche Auffoderung, binnen 30 Tagen peremtorischen Termines ihre allenfallsigen Servituts-Ansprüche in dieser Waldung geltend zu machen, A. sein neu prätendirtes Fahrtrecht nicht angemeldet, daher stillschweigend hierauf verzichtet habe, und daß

b) nach Cod. civ. p. II. cap. 5. § 12. und den Generalmandaten vom 30. Juli 1723 und 26. Mai 1775, dann den Verordnungen vom 17. Jän. 1805 und 26. Febr. und 15. März 1808 eine Verjährung gegen den Fiscus, zumalen resp. einer Waldung nicht statt finde.

Beide Einwendungen erscheinen jedoch als unerheblich, denn

zu a) abgesehen davon, daß die öffentliche Bekanntmachung lediglich nur auf eine Requisition des kön. Forstamtes sine cognitione causae, daher auch nicht unter Androhung der Präclusion der etwaigen Servituts-Ansprüche erlassen wurde, darf hier nur bemerkt werden, daß die fragliche Auffoderung nur an die Gemeinde Q., nicht aber speciel an den Bauern Zachäus A. erging, für diesen daher auch niemals eine rechtliche Folge haben konnte.

Zu b) Wenn auch in einigen Stücken der Fiscus die Rechte der Minderjährigen genießt, so ist dieß bei der Frage von der Verjährung durchaus nicht der Fall.

Gegen den kön. Fiscus läuft die Verjährung.

Nur gegen jene, welche unter zeitlicher Curatel stehen, oder sonst nur auf einige Zeit zu klagen außer Stand gesetzt sind, läuft die Verjährung während dieser Zeit nach Cod. civ. P. II. cap. 4. §. 8. nro. 6 und 7. et annot. nicht.

Ein solches Hinderniß zu klagen, ist aber bei dem Fiscus, welcher seine Beamten hiezu hat, nicht vorhanden. Vielmehr erklären die Anmerkungen zum §. 12. dieser Gesetzesstelle ausdrücklich, daß auch gegen den Fiscus die Verjährung Platz greift, und selbst jura regalia Fisci verjährt werden können.

Die General-Mandate vom 30. Juli 1723 und 26. Mai 1775 beziehen sich nur auf die Cultur öder Gründe, und haben sohin auf vorliegenden Fall keine Anwendung.

Die Verordnung vom 18. Jänner 1805 bezweckt nur die Ablösung der Forst-Nutzungs-Servituten, so wie jene vom 26. Febr. 1808 die Entfernung der Weide- und Streu-Servituten in Staatswaldungen, und endlich die Erläuterung vom 15. März 1808 beschränkt, sich unter Bezug auf die frühern Mandate und Verordnungen auf die Entfernung schädlicher Weiden und anderer schädlicher Dienstbarkeiten, unter welch letztern wohl nur die schädlichen Nutzungen in Wäldern durch Holzbezüge, Weidenschaft, Streu- und Laubsammeln s. a. verstanden werden können, da eines hergebrachten Fahrtrechts in allen diesen Mandaten und Verordnungen mit keiner Sylbe Erwähnung geschieht, abgesehen davon, daß bloße polizeiliche Culturverordnungen wohlerworbene Rechte nicht aufheben können.

Es mußte sohin, wie oben steht, erkannt werden.

A. den 31. October 1831.

Königliches Landgericht A.

47.

Beschluß.

Das königliche Landgericht A.

Beschließt in Sachen des Zachäus A., Bauer zu M. gegen Wilhelm Frhrn. v. S. auf S. wegen einer Fahrt, daß dem A. *per modum provisorii* gestattet seyn soll, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites das benöthigte Holz und die Streu aus dem nördlichen Theile seiner Waldnng in der Schranne auf dem durch die angränzende Waldung des Frhrn. von S. führenden, im Augenscheins-Protocolle vom 18. Aug. d. Js., und dem beigefügten Plane mit Lit. A und B. bezeichneten Wege nach Haus zu führen, jedoch mit der Verbindlichkeit, den hiedurch allenfalls verursachten Schaden dem Frhrn. v. S. zu vergüten, wenn dem A. das angesprochene Fahrtrecht durch rechtskräftiges Endurtheil aberkannt werden würde.

Gründe.

1. Daß einem Öconomen dadurch wirklicher Schaden zugehe, wenn er zu seinen Gründen längere Zeit gar nicht gelangen, und sie daher nicht benützen kann, leuchtet wohl von selbst ein.

Wenn auch Waldungen weniger als Äcker und Wiesen gepflegt werden dürfen, so ist doch Holz und Streu dem Landmanne unentbehrlich, und abgestandenes oder durch Winde umgeworfenes Holz verfault und entgeht dem Eigenthümer, wenn er es nicht nach Haus bringen kann.

Gefahr der Beschädigung ist demnach für den Zachäus A., im Falle er zu seinem Holze mit einem Fuhrwerke nicht gelangen kann, unverkennbar, wenn erwogen wird, daß die endliche Entscheidung des Rechtsstreites in letzter Instanz, die zur Zeit in erster noch nicht zum definitiven Spruche reif ist, vielleicht noch Jahre lang sich verzögern kann.

2. Aus dem am 18. Aug. d. J. vorgenommenen gerichtlichen Augenscheine geht hervor, daß A. aus dem nördlichen Theile seines fraglichen Holzes weder Streu noch Holz abführen könne, ohne fremden Grund zu betreten; nnd daß er über die Gründe der übrigen angränzenden Waldeigenthümer zu fahren berechtiget sey, erhellt aus den Acten zur Zeit ebenfalls nicht.

Es erscheint demnach um so billiger, daß dem A. die nöthige Fahrt durch die Waldung des Frhrn. v. S. provisorisch gestattet werde, als gemäß der Voracten derselbe den fraglichen Weg schon längere Zeit befahren hat, hiedurch nach Angabe der beim Augenschein zugegen gewesenen Sachverständigen dem Frhrn. v. S. ein eigentlicher Schaden auch nicht zugeht, und A. für den Ersatz eines allenfallsigen Schadens auf den Fall seines Unterliegens im rechtskräftigen Endurtheile verbindlich gemacht ist.

48.

Erkenntniß IIdae.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appellations-Gericht für den ****Kreis in der Streitsache des Zachäus A. von M. wider Wilhelm Frhr. v. S. in A. wegen Fahrtrechtes auf die von Beklagten sowohl gegen das erstrichterliche Beweis-Interlocut vom 31. Oct. 1831, als die sub eodem getroffene, provisorische Verfügung ergriffene Berufung zu Recht und zwar:

A. in der Hauptsache:

Der 1. Punct des unterrichterlichen Erkenntnisses hinsichtlich der Beweis-Auflage an den Beklagten habe zu cessiren, dagegen werde der 2. Punct desselben in der Art bestättiget, daß Kläger Zachäus A. binnen 30 Tagen peremtorischer Frist zu beweisen habe, daß er das Fahrt-

recht zu und von dem nördlichen Theile seines Holzes, welcher in dem bei den Acten befindlichen Steuerplane zwischen Lit. C. und B — G. gelegen ist, auf dem durch das angränzende freih. v. S.'sche Holz-Schranne genannt — führenden Weg durch unvordenkliche Verjährung erworben habe.

B. bezüglich des Provisoriums

sey dem Kläger Zacharias A. mit seinem Gesuche hinsichtlich eines Provisoriums die Abweisung zu bedeuten, und werde die vom kön. Landgerichte A. bereits getroffene Provisorialverfügung hiemit außer Wirksamkeit gesetzt.

Gründe.

Ad A. 1. Zachäus A., Bauer von M. stützte seine Klage gegen Frhr. v. S. wegen Fahrtrechts in der Waldung des Letztern, die Schranne genannt, auf einen zweifachen Grund, einmal auf das Recht der Nothfahrt, und sodann auf die Verjährung.

In beiden Beziehungeu wurde dieselbe vom Beklagten und dessen Streitsgenossen, dem kön. Fiscus widersprochen.

Was nun zuerst die Nothfahrt betrifft, so ist im allgemeinen eine solche unserm Landrechte keineswegs fremd, vielmehr handeln die Anmerkungen zum Cod. civ. P. II. cap. 8. § 11. lit. a und b ausdrücklich von dem Rechte, eine Nothfahrt auf fremden Grunde auszuüben, und führen drei Fälle an, in denen dasselbe Platz greife.

Wenn auch im Texte des Landrechtes keine weitere Erwähnung hievon geschieht, so erscheint doch durch das Angeführte die Annahme eines Rechts der Nothfahrt in dem Geiste unserer Gesetzgebung begründet, weßhalb sich allenthalben die Praxis für diese Annahme ausgebildet hat. Aus den Worten und dem Zusammenhange der eben allegirten Stelle geht übrigens klar hervor, daß nur dann von dem Rechte einer Nothfahrt die Sprache seyn könne, wenn der Eigenthümer durchaus auf keinem andern Wege zu seinem Grundstücke

Eine solche ist nur dañ vorhanden, wenn überhaupt kein Weg zu dem geschlossenen Grundstücke führt, daher der Weg über einen fremden Grund genommen werden muß.

gelangen kann, d. h., wenn überhaupt kein Weg zu den eingeschlossenen Grundstücken führt, so daß dasselbe ohne das Recht einer Nothfahrt über fremden Grund und Boden unbebaut und unbenützt gelassen werden müßte.

In concreto, wo das Bestehen mehrerer Wege außer dem vom Kläger als Nothfahrt angesprochenen behauptet wurde, müßte sohin vor allem der Beweis über die Richtigkeit dieser Behauptung geführt werden.

Derselbe erscheint jedoch als überflüssig, da sich aus dem gerichtlich vorgenommenen Augenscheine das Bestehen mehrerer Wege, sohin der Ungrund der angeblichen Nothfahrt mit völliger Bestimmtheit ergibt.

Der Augenschein, welcher sowohl zur Herstellung der factischen Verhältnisse, als zur bessern Information des Richters dienend, an keinen Präclusiv-Termin gebunden ist, v. Gönners Commentar zur Nov. vom 22. Juli 1819 nro. 7. kann zu jeder Zeit im Processe, ja selbst noch in der höhern Instanz begehrt und vorgenommen werden;

Cod. jud. cap. 12. § 3.

Der vorliegende Augenschein erscheint also keineswegs als ungesetzlich und ungiltig vorgenommen, im Gegentheile muß derselbe als volles Beweismittel auch schon gegenwärtig gewürdigt werden, und zwar um so mehr, als sich beide Theile auf selben berufen haben.

Es mußte sohin als erwiesen angenommen werden, daß außer dem von Kläger angesprochenen, noch drei Wege von und zu dem obern nördlichen Theile seines Holzes führen, wie selbe im Augenscheins-Protocolle und dem übergebenen Plane unter Lit. D, E, F. und B, G. aufgeführt sind.

Hiedurch wird nothwendig jeder rechtliche Grund einer Nothfahrt über den Waldgrund des Beklagten, wo weder ein eigenthümlicher Weg besteht, noch auch künftig als solcher bestehen soll, aufgehoben, und es ist gänzlich überflüßig, in die weitere Frage einzugehen, ob und welchen dieser Wege Kläger A. zu befahren berechtigt sey, da diese Berechtigung

ohnehin kein Gegenstand der Beweisauflage für den Beklagten seyn könnte, übrigens schon das Bestehen der drei, oder auch nur eines der drei andern ordentlichen und gebahnten Fahrtwege jede Nothfahrt über den Grund des Beklagten ausschließt.

Eben so wenig würde es sich aber rechtfertigen, dem Kläger den Beweis darüber aufzulegen, daß er auf keinem der bezeichneten Wege zu fahren berechtigt sey, weil er hiedurch noch kein Recht erlangt haben würde, sich der Nothfahrt gerade gegen den gegenwärtigen Beklagten zu bedienen, und vielmehr eine Servitus necessaria gegen die andern Adjacenten, auf deren Holzgründen sich gebahnte Wege befinden, geltend machen kann, wenn ihm das Fahrtrecht bestritten werden will.

Hienach konnte über die vom Kläger angesprochene Nothfahrt weder dem einen noch dem andern der streitenden Theile ein Beweis auferlegt werden und es mußte, wie geschehen, reformando erkannt werden, daß der erste Punct des unterrichterlichen Erkenntnisses zu cessiren habe.

Ad II. Was den zweiten Klagegrund, die Verjährung betrifft, so erscheint zwar die gegentheilige Einrede, daß gegen den kön. Fiscus, als Gebkäufer des Frhrn. v. S. eine Verjährung ganz und gar nicht Platz greife, ungegründet, indem der kön. Fiscus in dieser Beziehung den Minderjährigen nicht gleichgeachtet werden kann, da bei ihm die ratio legis contra non vallentem agere non currit praescriptio — durchaus hinwegfällt, auch die hieher angeführten Mandate vom Jahre 1723 und 1775, dann die Verordnungen vom 18. Jän. 1803 und 26. Febr. 1808 auf vorliegenden Fall nicht passen; es kann jedoch hier nur von der unfürdenklichen Verjährung die Sprache seyn, da einmal vom Kläger selbst ein Erwerbstitel seiner Servitut nicht angegeben wurde, daher dieselbe als eine servitus discontinua nur in unfürdenklicher Zeit verjährt werden kann — Cod. civ. P. II. cap. 7. § 5. nro. 3. — anderseits aber auch nach bayer. Landrechte gegen den kön. Fiscus keine andere Verjährung als die unfürdenkliche Platz greift.

Gegen den kön. Fiscus greift nur

die unfürdenkliche Verjährung Platz.

Annot. ad cod. civ. P. II. cap. 4. § 3. Nr. 4. lit. d, dann Nr. 9. und § 12.

Aus diesen Gründen mußte zwar das erstrichterliche Erkenntniß hinsichtlich der Beweisauflage der Verjährung an den Kläger A. bestättiget, jedoch der zu allgemein gefaßte Ausdruck „Verjährung“ auf die „unfürdenkliche“ beschränkt werden.

Ad B. Was hinsichtlich der Nothfahrt gesagt worden, bezieht sich auch in so weit auf das erbetene Provisorium, als eben durch den gerichtlichen Augenschein dargethan ist, daß Kläger A. noch auf andern Wegen zu seinem nördlichen Holztheile gelangen könne.

Es kann sohin von einer Beschädigung desselben, im Falle er den angesprochenen Weg inzwischen nicht befahren dürfte, keine Rede seyn und A. kann im Wege eines Provisoriums um so weniger in den Stand der Sache gesetzt werden, welchen er erst durch den Streit in der Hauptsache herbeiführen will, als er sich actenmäßig nicht im jüngsten Besitze befindet, vielmehr, wie er in der Klage selbst gesteht, bereits im Jahre 1828 aus dem Besitze gesetzt wurde.

Es mußte daher Frhr. v. S. in dem Besitze seines freien Eigenthums, in welchem er sich vor Anfang des Streites befunden hat, nach cod. civ. P. II. cap. 5. § 8. Nr. 2. geschützt werden, und zwar um so mehr, als für diese Freiheit auch die gesetzliche Vermuthung streitet, und nur ein ununterbrochenes zehnjähriges Besitzen die stärkere Vermuthung für das Gegentheil bilden würde — Cod. civ. l. c. cap. 8. § 5. nr. 4.

Demnach mußte, wie geschehen, dem Kläger mit seinem Gesuche um ein Provisorium die Abweisung bedeutet, und die vom kön. Landgerichte A. getroffene Provisional-Verfügung sofort wieder aufgehoben werden.

Den 16. Juni 1832.

Königliches Appellations-Gericht des Ober-Donau-Kreises

v. Weber, Präsident.

Laminit, Secr.

49.

Erkenntniß IIItiae.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Zachäus A., Bauers zu M., gegen den Frhrn. v. S. auf S. wegen eines Fahrtweges zu Recht und zwar

1. hinsichtlich der in Anspruch genommenen Nothfahrt:

Daß die Klage des Zachäus A. in der Art, wie sie angebracht worden, abzuweisen sey.

2. hinsichtlich des angesprochenen Fahrtrechtes, so wie im Betreff des Provisoriums:

Daß das Erkenntniß des kön. Appellations-Gerichts *** vom 16. Juni publ. 19. Juli 1832 zu bestättigen sey.

Gründe.

Ad 1) Durch den gerichtlichen Augenschein ist hergestellt, daß Zachäus A. in den nördlichen Theil seiner Waldung auf eigenen Grund nicht kommen könne, weil jener Theil von dem südlichen Theile seiner Waldung durch einen hohen Berg und ein tiefes Thal getrennt ist, über welche zu fahren unmöglich ist, ohne einen bedeutenden Theil des Berges abzugraben.

A. ist demnach allerdings in dem Falle, die Nothfahrt über ein fremdes, angränzendes Grundstück in Anspruch nehmen zu können.

Allein der Augenschein hat zugleich ergeben, daß an dem nördlichen Theil seines Waldes nicht bloß der Wald des beklagten Frhrn. v. S., die Schranne genannt, sondern auch noch die Holzungen mehrerer anderer Eigenthümer angränzen, daß insbesondere außer der Fahrt, welche A. auf dem Grunde des Frhrn. v. S. in Anspruch nimmt, noch drei andere Wege

über Grundstücke anderer Adjacenten vorhanden seyen, auf welchen derselbe von und zu dem nördlichen Theile seiner Waldung kommen könne.

Es kömmt daher darauf an, welcher von den mehreren Adjacenten die Nothfahrt vor den Übrigen zu gestatten habe?

Wen eine Nothfahrt in Anspruch zu nehmen ist, u. mehrere Adjacenten vorhanden sind, so muß sie derjenige dulden, dem sie am wenigsten schädlich ist.

Diese Frage ist nach dem in leg. 12. D. de reg. jur. ausgesprochenen Principe der natürlichen Billigkeit zu lösen, und mithin anzunehmen, daß die Nothfahrt von demjenigen Adjacenten zu dulden sey, dem dieselbe am wenigsten schädlich ist.

Indem nun Zachäus A. nur die Nothfahrt des Frhrn. von S. in Anspruch genommen hat, hätte seine Klage vorzüglich darauf begründet seyn müssen,

Eine Klage weg. Nothfahrt muß also darauf begründet seyn, daß sie dem in Anspruch Genommenen weniger nachtheilig sey, als den übrigen Adjacenten, welche letztern als Intressenten zur Verhandlung üb. die Klage beigezogen werden müssen.

daß demselben die Fahrt weniger nachtheilig sey, als den übrigen Adjacenten; auch hätten die letztern zu der Verhandlung über die so gestellte Klage, als dabei wesentlich betheiligt, beigezogen werden müssen.

Allein auf den obigen eigentlichen Klagegrund ist die vorliegende Klage des A. nicht gebaut, und sohin ist die eigentlich zu entscheidende Streitfrage auch noch nicht verhandelt.

Diese Klage mußte daher in der Art, wie sie angebracht worden, abgewiesen werden.

Ad 2. Wird sich auf die Gründe vom Erkenntnisse der vorigen Instanz bezogen.

München, den 18. Nov. 1834.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden,

Secr. Fränkl.

50.

Ueber collegialische Berathung bei Untergerichten, und über Perhorrescenz.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen auf die Berufung des Hofraths und Directors Wilhelm A. in J. gegen die Abweisung seines Perhorrescenz-Gesuches wider das kön. Landgericht H. in der Streitsache des Patrimonialrichters Heinrich E. gegen ihn wegen einer Foderung von 352 fl. 5 3/4 kr. Hauptsache und Zinsen zu Recht:

und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellations-Gerichtes für den *** Kreis vom 11. Dec. v. J. verkündet den 11. Febr. l. J. unter Verurtheilung des Hofraths Wilhelm A. in die Kosten dieser Instanz und in ein Succumbenzgeld von 6 Thalern.

Entscheidungs-Gründe.

Die Unfähigkeit des königl. Langerichts-Assessor E. zu H., in der Streitsache des Patrimonialrichters Heinrich E., gegen den Hofrath Wilh. A. wegen einer Foderung von 352 fl. 5 3/4 kr. Hauptsache und Zinsen als Richter mit zu functioniren, welche Unfähigkeit aus dem Schwägerschafts-Verhältnisse dieses Assessors zu dem Patrimonialrichter E. hervorgeht, begründet zwar für das kön. Landgericht H. die Unmöglichkeit in der Sache des Patrimonialrichters E. gegen Wilh. A. ein Collegialerkenntniß zu erlassen; die Gesetze geben aber dem letztern kein Recht auf ein collegial gefaßtes Urtheil dieses kön. Landgerichts; denn obgleich das organische Edict über die Gerichts-Verfassung vom 24. Juli 1808 im 6. und 14. §. ausgesprochen hat, daß bei Decreten und Beschwer-

den, welche eine definitive Kraft haben, in Sachen wobei nach der Gerichts-Ordnung ein Schriftenwechsel statt findet, die Mitglieder eines Landgerichts zusammentreten, und nach der Stimmenmehrheit entscheiden, und obgleich weiter das allerhöchste Rescript vom 31. Aug. 1809 der Novelle zur Gerichts-Ordnung Band III. S. 206 angeordnet hat, daß die Entscheidungen der Rechtsstreite bei den kön. Landgerichten in collegialer Form erlassen werden sollen, daß der Vortrag über einen Rechtsstreit deßwegen bei einem solchen Landgericht, welches nebst dem Vorstand nur zwei Beisitzer hat, in dem Falle der Verhinderung eines gewählten Mitgliedes, den Sitzungen beizuwohnen, bis zur Hebung dieser Verhinderung verschoben, und wenn dieselbe sich zu lange verzögern, oder Gefahr auf dem Vollzug obwalten würde, jederzeit ein Mitglied einer zunächst gelegenen Untergerichts-Behörde requirirt, und zu der Sitzung des Gerichts beigezogen werden soll, hat schon das spätere allerhöchste Rescript vom 11. Jän. 1814 ebendaselbst S. 202 festgesetzt, daß die Beiziehung des dritten Stimmenführers bei denjenigen Landgerichten erster Klasse unterbleiben könne, welche einige Zeit hindurch nicht mit dem gehörigen Personale besetzt seyen, und daß es bei diesen Gerichten eben so wie bei den ohnehin nicht collegialisch besetzten Landgerichten zweiter Classe gehalten werden soll; und in dem jüngsten allerhöchsten Rescripte vom 12. Jän. 1815 ist ausdrücklich untersagt, durch die Beiziehung von Individuen anderer Gerichte dem Staatsärar besondere Auslagen zu veranlassen, und hiebei anbefohlen, daß diejenigen Landgerichte, bei welchen das zu einer collegialen Berathung nöthige Personal nicht bestehe, sich nach dem § 10. der | Verordnung vom 31. August 1810 halten sollen, welches Regierungsblatt vom Jahre 1810 S. 918 bestimmt, daß die in dem organischen Edicte vom 24. Juli 1808 vorgeschriebene collegiale Berathung für die Schöpfung der Endurtheile sich bei den Landgerichten, welche nicht von drei Richterindividuen besetzt seyen, von selbst aufhebe. Die collegiale Fassung von Urtheilen ist daher gegenwärtig bei den kön. Landgerichten nur dann gesetzlich nothwendig, wenn dieselben collegialisch besetzt sind,

und keines der drei Richterindividuen längere Zeit legal den Sitzungen beizuwohnen verhindert ist, nicht aber auch dann, wenn eine solche längere Verhinderung besteht, oder wenn ein kön. Landgericht erster Classe einige Zeit nicht mit drei Richterindividuen besetzt ist.

Es kann daher die Nothwendigkeit der allegirten Berathung zu dem Zwecke der Fällung eines Urtheils auch dann nicht bestehen, wenn eines der drei Richterindividuen eines kön. Landgerichts erster Classe aus einem Schwägerschafts-Verhältniß oder aus einer andern Ursache unfähig wird, in einer Sache als Richter zu functioniren.

Der Mangel der vollständigen collegialen Besetzung eines kön. Landgerichts erster Classe, also auch die Perhorrescenz, vielmehr Recusationsmäßigkeit eines der Richterindividuen eines solchen Gerichts führt demnach nicht die Unzuständigkeit desselben zur Fällung eines Urtheiles als Folge mit sich, sondern bewirkt nur die Unterlassung der collegialen Berathung zu dem Zwecke der Fassung eines Urtheils.

Es kann daher aus diesem Grunde weder dem k. Landgerichte H. die Beiziehung eines Mitgliedes eines benachbarten Gerichts anbefohlen, noch die Verhandlung in Entscheidung dieser Sache dem kön. Kreis- und Stadtgerichte A. übertragen werden.

Aber auch in dem Umstande, daß Hofrath A. in den Jahren 1818 und 1821 Pachtverträge über den Appelhof mit W. R. von D. und dessen Ehefrau abgeschlossen hat, und daß diese Verträge von dem kön. Landgerichte H. verlautbart und ausgefertiget worden sind, liegt keine Begründung der Perhorrescenz dieses Gerichts; denn es ist nicht einzusehen, wie das Verlautbaren und Ausfertigen dieser Pachtverträge das kön. Landgericht unfähig machen soll, völlig unpartheiisch über die Frage verhandeln zu lassen und zu entscheiden: ob der Patrimonialrichter E. für die für ihn seit dem Jahre 1818 gepflogene Verwaltung des Appelhofes 352 fl. 5 3/4 kr. Hauptsache, dann 2 fl. 6 kr. Zinsen bis 1. Oct. 1829 salvis futuris zu fodern habe?

Hofrath A. hat auch selbst nicht vermocht, aufzuklären, wie diese Verlautbarung der Pachtverträge zwischen ihm und dem R. und dessen Gattin störend auf die unpartheiische Verhandlung und Entscheidung in der Streitsache des E. gegen ihn einwirken sollte, sondern es ist von ihm der Fall nur als möglich gesetzt worden, daß das kön. Landgericht in dieser Sache seine frühern Amtshandlungen zu vertreten haben dürfte. Es fodert aber die Gerichts-Ordnung im 1. Cap. 19. §., daß derjenige, welcher ein Gericht perhorresciren will, eine specifische Ursache der Perhorrescenz anzeige und einigermassen bescheine.

Es fehlt also hier, abgesehen von der Bescheinigung schon an der specifischen Ursache, welche zu bescheinigen war, und die Nothwendigkeit einer collegialen Berathung zur Fällung eines Urtheils wegen des Verhältnisses des Assessors C. zu dem nun in die Ruhe versetzten Landrichter F. unter dessen Amtirung die Verträge von 1820 und 1821 aufgenommen worden sind, fällt aus den obigen Gründen hinweg; endlich bedarf es ohnehin keiner weitern Ausführung, daß die Entstehung eines Rechtsstreites aus einer Handlung, worüber ein kön. Landgericht Kraft der ihm zustehenden freiwilligen Gerichtsbarkeit eine öffentliche Urkunde aufgenommen hat, die Verdächtigkeit dieses Gerichts nicht begründe, wenn nicht besondere Verhältnisse hinzukommen, deren keines von dem Hofrath A. angegeben ist.

Es mußte daher oberstrichterlich unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz bestättigend erkannt werden.

München, den 7. Mai 1830.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

v. Ritter

Frankl, Secr.

51.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache der Grafen Leopold von F. gegen Salomon M., wegen Entschädigung zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den *** Kreis ddo. 7. December 1832, und verkündet am 31. desselben Monats und Jahres, so weit dagegen hinsichtlich der durch dasselbe abgewiesenen Nullitätsbeschwerde appellirt worden, mit Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dritter Instanz, und ein Succumbenzgeld von sechs Thalern.

Entscheidungs-Gründe.

Durch das organische Edict über die Gerichtsverfassung von 1808 hat sich der Monarch keineswegs das Recht entzogen, auch Landgrichte ohne collegiale Verfassung zu errichten, oder Ausnahmsfälle zu statuiren, wo eine collegiale Berathung bei Untergerichten nicht nothwendig ist.

Der Beweis hierüber liegt klar in der durch das Regierungsblatt öffentlich verlautbarten Verordnung vom 31. August 1810, wornach im Inn- und Eisack-Kreise, und später nach dem nämlichen Typus im Unter- und Obermain-Kreise Landgerichte zweiter und dritter Classe ohne collegiale Verfassung errichtet, und in § 10. bestimmt worden, daß bei Besetzung der Landgerichte nur mit zwei Richterpersonen, die im organischen Edicte von 1808 vorgeschriebene, collegiale Berathung bei Endurtheilen von selbst sich hebe.

Dadurch ist also gesetzlich ausgesprochen, daß Niemand in Bayern ein Recht habe auf ein collegial gefaßtes Urtheil eines Landgerichts, falls dasselbe mit drei Richtern eben nicht besetzt ist.

Die allerhöchsten Verordnungen vom 11. Jänner 1814 und 12. Jänner 1815, worin vorgeschrieben worden, daß, wenn bei Landgerichten erster Classe das gehörige Persona[l]

momentan nicht besteht, sich nach § 10. der Verordn. vom 31. August 1810 zu halten sey, wurden zu einer Zeit erlassen, wo die legislative Gewalt noch ausschließend in den Händen des Monarchen war, und sie bedurften als bloße Vorschriften über den Geschäftsgang der Gerichte keiner förmlichen Promulgation; genug, daß sie zu Darnachachtung an den obersten Gerichtshof, an die Appellationsgerichte, und von diesen an die betreffenden Untergerichte ausgeschrieben worden.

In dem Ministerial-Rescripte vom 25. Juni 1830, welches anordnete, daß bei Landgerichten, die eine collegiale Verfassung haben, Decrete und Bescheide, welchen eine definitive Kraft beiwohnt, ohne collegiale Berathung und Abstimmung in dem Falle erlassen werden dürfe, wenn ein Gerichtsmitglied wegen Betheiligung bei der Sache, wegen Krankheit, wegen Abwesenheit u. s. w. an der Entscheidung des Streites nicht Theil nehmen kann, liegt offenbar nichts weiter, als eine doctrinele Auslegung der frühern allerhöchsten Verordnung von 1814 und 1815, wozu das Staatsministerium der Justiz zweifellos befugt war, und die Behauptung, daß diese Auslegung zu ausgedehnt wäre, ist um so ungegründeter als der Fall, wenn ein Gerichtsmitglied bei der Sache betheiliget, krank und legal abwesend oder sonst verhindert ist, ja schon implicite in der frühern Bestimmung der nicht gehörigen Besetzung eines Landgerichts mitbegriffen ist, indem auch in den eben bemerkten Fällen es an dem gehörigen Bestande des Personales mangelt. Wo übrigens die Bedingnisse zu einer Ausnahme nicht gegeben sind, bleibt bei den Landgerichten erster Classe die collegiale Berathung als Regel noch immer aufrecht stehen, und ein Mißbrauch der bedingten Ausnahme darf bei der gesetzlichen Vermuthung, die für jedes Gericht bis zum Beweise des Gegentheils dahin stehet, daß alles ordnungsmäßig und legal bei ihm geschehen, so gerade hin nicht unterstellt werden, mithin auch nicht im vorliegenden Falle, wo durch den Landgerichtsvorstand die legale Abwesenheit des Landgerichtsassessors S. officiel bestätigt worden.

Es mußte demnach, wie geschehen, in der Hauptsache erkannt, und Appellant bei dem Ungrunde der Nullitätsbeschwerde auch in die Kosten der dritten Instanz verurtheilt werden.

München, den 14. Dec. 1833.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Frhr. v. Welden, Präsident.

Frankl.

52.

Von dem Forum prorogatum.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das ꝛc. in der Streitsache des Michael D., Wirth von A., gegen die Grafen von K. auf A., wegen Entschädigung ꝛc. abändernd ꝛc. zu Recht, daß die Zuständigkeit des kön. Landgerichts E. zur fernern Verhandlung und Entscheidung des erwähnten Streites begründet sey ꝛc.

Gründe.

1. Michael D. findet sich durch das Erkenntniß des kön. Landgerichts E. vom 15. Mai 1834 beschwert.

Dieses Erkenntniß lautet wörtlich dahin, daß D. mit seiner Klagsbitte abzuweisen sey.

Wird diese Abweisung buchstäblich aufgefaßt, so enthält sie einen definitiven Ausspruch über den Streit-Gegenstand selbst, und hierüber liegt von D.'s Seite gar keine Berufung vor; seine Appellation eignet sich daher unter jener Voraussetzung nach dem Antrage des Appellaten zur Abwei-

sung, weil sie nicht gegen den dispositiven Theil des Erkenntnisses, sondern nur gegen die Entscheidungs-Gründe gerichtet ist.

Allein die letztern geben auf klare Weise zu erkennen, daß der Richter nicht über die Hauptsache urtheilen, sondern nur seine Incompetenz aussprechen wollte; dieß um so unzweifelhafter ꝛc.

Können auch Entscheidungs-Gründe keine Rechte begründen, oder in Rechtskraft erwachsen, so dienen sie doch als die erste Erläuterungsquelle zur Auslegung der Erkenntnisse, und hienach muß das vorliegende Erkenntniß des kön. Landgerichts E. dahin ausgelegt werden, daß D.'s Bitte dießorts abzuweisen sey, was mit einer bloßen Incompetenz-Erklärung identisch ist.

Diese Auslegung rechtfertiget sich um so mehr, als sonst, wie schon erwähnt, der dispositive Theil jenes Erkenntnisses mit seinen Entscheidungs-Gründen im offenbaren Widerspruche stünde, und undeutliche Bestimmungen eines Erkenntnisses — analog nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Interpretation (Land-Recht Th. III. cap. 2. § 12.) nach der Intention und Absicht des Richters auszulegen sind.

II. Liegt hienach dermal bloß eine Incompetenz-Erklärung von Seite des kön. Landgerichts vor, so bleibt nur weiter zu würdigen übrig, ob diese begründet sey, oder nicht?

Die Klage ist unverkennbar eine persönliche, und hätte als solche nach Ger.-Ordn. cap. 1. § 10. und Noten vor dem Gerichte der Hauptsache, dem kön. Kreis- und Stadtgerichte St. angebracht werden sollen; gleichwohl erscheint unter den nunmehrigen Verhältnissen die Incompetenz-Erklärung des k. Landgerichts E. unstatthaft, weil seine Zuständigkeit zwar nicht durch Connexion ꝛc. wohl aber durch Prorogation begründet ist.

Indem beide Theile den dermaligen Vorstreit vor dem ursprüglich incompetenten kön. Landgerichte verhandelten, und dieses die Verhandlung übernahm, ist ein allseitiges Vertrags-Verhältniß erwachsen, von dem das Gericht, dem es sonst nicht an der Jurisdiction in derlei Fällen gebricht, eben so

wenig als die Partheien einseitig zurücktreten können. Gerichts-Ordn. cap. 1. § 17.

Zwar verordnet eben diese Gesetzesstelle, daß zur Prorogation auch das Wissen und Wollen des ordentlichen Richters erfoderlich sey; allein diese Bestimmung hat, wie die Anmerkungen zu derselben klar aussprechen, ihren Grund lediglich in den frühern Tax- und Sportl-Verhältnissen der Gerichts-Beamten, und hat nach dem Rechts-Satze cessante legis ratione cessat lex ipsa durch die seither eingetretene Veränderung jener Verhältnisse unter dem unmittelbaren königlichen Gerichte ihre Anwendbarkeit verloren, was auch der neuere Gerichtsgebrauch schon häufig ausgesprochen hat.

Will man noch einwenden, die Prorogation des Gerichtsstandes könne wenigstens nicht bei präparatorischen Klagen wegen ihres Zusammenhanges mit der spätern Hauptklage Eingang finden, so wird erwidert, daß zu dieser Ausnahme kein gesetzlicher Grund vorliege.

Soll man auch nach den Bestimmungen cod. jud. cap. 1. § 10. Sachen, welche zusammen gehören, nicht leicht von einander trennen, so ist doch den Partheien nicht unbedingt verwehret, dieß im Wege der Prorogation zu thun, zumal in Neben- oder Vorstreitpuncten, die sich wie in concreto leicht, und selbst zweckmäßig trennen lassen, wobei sich übrigens von selbst versteht, daß die Prorogation nicht weiter, als die Partheien unter sich stillschweigend contrahirten, nicht also auch auf die Verhandlung und Entscheidung der spätern Hauptsache zu erstrecken sey, indem wohl die Nebensache der Hauptsache nicht aber diese jener zu folgen hat.

Hienach mußte ꝛc.

St., am 24. Oct. 1834.

53.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen ꝛc., daß die Executivklage des Grafen von Y., so wie sie angebracht wurde, nicht statt finde.

Gründe.

Auch bei Bilateralverträgen findet der Executivproceß statt; dieß beweist die Zulässigkeit der excep. non impl. contractus, welche nur bei Bilateral-Verträgen vorkömmt.

Die Gerichtsordnung cap. 3. § 3. nro. 5. gestattet die Executivklage, und den ihr correspondirenden, summarischen Proceß in verbrieften und liquiden Schuldfoderungen.

Es läßt sich daher nicht behaupten, daß das Gesetz den Executivproceß nur bei einseitigen Verträgen zulasse, und bei Bilateralverträgen durchgehends ausschließe; vielmehr kömmt alles auf den Umstand an, ob die Klage so eingerichtet ist, daß schon gleich bei ihrer Stellung der ganze Klagegrund urkündlich feststeht, ein Fall, der bei Bilateralverträgen, wo die Erfüllung der Vertragsbedingungen auf Seite des Klägers mit zum Klagegrund gehört, der Natur der Sache gemäß nur selten eintreten wird.

Die Klage des Grafen Y. ddo. 2. et praes. 3. December 1832 ist jedoch weit davon entfernt, mit den wesentlichen Erfodernissen einer zuläßigen Executivklage versehen zu seyn, denn

1. wurde nicht einmal die Hauptvertrags-Urkunde in einer vollständigen Abschrift der Klage beigelegt, sondern nur ein Extract aus dieser Urkunde, worin die Puncte V — IX. inclus. ausgelassen sind, was um so sonderbarer ist, als Graf von Y. kaum 6 Wochen früher bei der Hypothekscomunal-Zinsen-Einklagung demselben Gerichte eine vollständige, amtlich beglaubigte Abschrift des Kaufsvertrages übergeben hatte, die noch jetzt sub nro. 1. den Streitacten anliegt.

2. Wurde unterlassen, die in § 8. des (vollständigen) Kaufsinstruments allegirte besondere Übereinkunft dem Klagslibelle anzulegen, welch letzterem gegenüber das Hauptinstrument als documentum referens erscheint.

Diese beiden sub 1 und 2 gerügten Mängel sind allein so erheblich, daß sie die Zurückweisung der Executivklage a limine rechtfertigen können; denn wie soll der Richter aus dem Klaglibelle und resp. dessen Beilagen beurtheilen können, ob die Klage urkundlich liquid ist, wenn ihm der Kläger nicht alle Vertrags-Bestimmungen, ja nicht einmal sämmtliche Vertrags-Urkunden zur Kenntniß bringt, und ihn auf solche Weise in Ungewißheit läßt, ob nicht eine der unbekannten Vertragsbestimmungen die bekannten modificirt, limitirt, oder gänzlich beseitiget, — ob nicht das fehlende Nebeninstrument das vorliegende Hauptdocument in einem oder dem andern wesentlichen Puncte unwirksam macht, oder nicht?

3. Zur Begründung des Rechts, verfallene Fristen zu fodern, gehört unstreitig auch der urkundliche Nachweis der zu rechter Zeit geschehenen einzelnen Kündungen im Klaglibelle; Graf von Y. bezog sich zwar dießfalls auf die besondern über diesen Gegenstand vorliegenden kreisgerichtlichen Acten, und glaubte hiedurch den Anfoderungen der Proceßordnungen zu genügen.

Allein bei einem so strengen Verfahren, wie der Executivproceß ist, muß dem Beklagten gleich bei Communication der Klage eine genaue und zusammenhängende Übersicht derjenigen urkundlichen Beweisbehelfe gegeben werden, worauf die Zulässigkeit dieses außerordentlichen Verfahrens gegründet wurde, damit er ohne allen Zeitverlust in den Stand gesetzt werde, bei der Productions-Commission mit seiner vollen Vertheidigung ausgerüstet zu erscheinen.

Diese Verbindlichkeit des Klägers folgt daraus, daß das Gesetz zwischen öffentlichen und privativen Urkunden als Belegen einer Executivklage nur einen Unterschied, nämlich in Beziehung auf das Productions-Compelle festsetzt.

Gerichtsacten können Urkunden enthalten, die entweder für sich allein, — oder in Verbindung mit andern Ur-

kunden jene Eigenschaft besitzen; eben darum ist es aber Sache des Klägers im Executivprocesse sogleich im Klaglibelle speciel und bestimmt anzugeben, welches benannte Actenstücke, in welcher Verbindung und zu welchem Zwecke er solches als Beweismittel gebraucht wissen wolle.

4. Endlich steht nach den mangelhaften Klagsbeilagen Nr. 1. nicht einmal die Extradition des verkauften Objects, und noch weniger die vollständige Extradition desselben fest, wozu noch die Ungewißheit kömmt, welche durch das Nichtvorlegen der im § 8. des Hauptvertrags erwähnten Nebenvertrags-Urkunde entsteht, von der schon oben sub Nro. 2. die Sprache war.

Den 20. Juni 1834.

55.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc.

Ein Erkenntniß, wo die Geschichte der Klage auf Urkunden beruhet, u. ohne der Beibringung von Seite des Klägers der Beklagte deñoch zur Litiscontestation verurtheilt wurde.

Erkennt das kön. Appellations-Gericht für den ***Kreis in Sachen der Pfleg-Commissär P.'schen Relicten zu R. contra den kön. Fiscus wegen Besoldungs-Abzuges, jetzt Verweigerung der Streiteinlassung zu Recht:

Daß der kön. Fiscus schuldig sey, auf die Klage der P.'schen Relicten vom 23. Aug. 1821 sich in den Streit einzulassen, sohin in Zeit 30 Tagen seine Exceptionsschrift zu übergeben.

Gründe.

Der kön. Fiscus verweigerte die Streitseinlassung, und verlangt, daß die Kläger vor allen nach Gerichts-Ordnung

Cap. 4. § 12. angehalten werden sollen, diejenigen Urkunden, worauf sie sich in ihrer Klage berufen, abschriftlich beizubringen.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die in der Klage angeführten Belege allerdings von solcher Erheblichkeit sind, daß die vorerwähnte Gesetzesstelle darauf angewendet werden kann. Allein, wenn dieses Gesetz die Nothwendigkeit der abschriftlichen Vorlage brieflicher Urkunden mit der Klage befiehlt, so gilt dieses doch nicht in der Allgemeinheit, so daß es gleichviel ist, ob der Kläger die fraglichen Urkunden besitzt, oder nicht; denn im letztern Falle wird die Beibringung der Urkunden meistens dem Kläger unmöglich seyn, da weder der Beklagte, noch ein Dritter zur Edition verbunden ist, wenn nicht die Urkunden dem Kläger selbst, oder doch wenigst ihm gemeinschaftlich mit dem Besitzer zugehören.

Auch in diesen Fällen kann aber dem Kläger nicht aufgedrungen werden, daß er vor Anstellung seiner Klage, ehe er noch weiß, wie die Streitseinlassung erfolgt, dann ob, und wie weit ihn die Beweislast trifft, einen Editions-Proceß ausstreite.

Nach dem Grundsatze, „ad impossibilia nemo tenetur“ kann von dem Kläger die Beibringung von Urkunden, die er nicht wirklich besitzt, nicht gefodert werden.

Nun läßt sich aber auf keine Weise denken, wie die P.'schen Relicten zu dem Besitze der uralten Rechnung von 1701 gekommen seyn sollten?

Von den übrigen Rechnungen konnten sie zwar allerdings die Rapulare besitzen, allein sie widersprechen den Besitz, und dieser Widerspruch ist höchst glaubwürdig, weil Kläger sich sonst gewiß nicht schon im früheren Processe so viele Mühe gegeben hätte, die Edition jener Rechnungen von dem Fiscus zu bewirken, und auch gegenwärtig dem Verlangen des Fiscus, und ihrem eigenen Interesse nicht so sehr widerstreben würden.

Dagegen ist der Besitz auf Seite des kön. Fiscus nicht widersprochen, und so viel die schon einmal producirten Rechnungen betrifft, sogar erwiesen.

Demnach fällt schon die Ratio legis hinweg, welche nach den Anmerkungen zur Gerichtsordnung cap. 11. § 5. lit. a. in der bessern Information des Gegentheiles besteht, zumal, da die Kläger nicht, wie der Fiscus behauptet, bloß allgemein auf die Rechnungen sich bezogen, sondern genau die Seitenzahl angegeben haben, worunter sich die bezüglichen Rechnungsvorträge befinden.

Der Fiscus mußte demnach mit Verwerfung seiner dilatorischen Einrede zur Streitseinlassung angehalten werden.

St. den 5. März 1824.

Dieses Erkenntniß wurde vom königl. Oberappellationsgerichte unterm 6. December 1824 aus denselben beigefügten Gründen bestättiget.

55.

Seine königliche Majestät.

Wenn der Beklagte eine angebliche, präjudiciele Einrede ohne die allenfalls übrigen dilatorischen u. peremtorischenvorbringt, und diese als solche verworfen wird, so ist er auch zugl. mit allen übrigen Einreden präcludirt.

Erkennen in Sachen des geheimen Raths Freiherrn v. H. gegen den kön. Advocaten B. pct. mand. resp. Entschädigung zu Recht:

I. daß erwähnter Adv. B. mit seiner Schlußerinnerung (Duplik) nicht zu präcludiren, dagegen aber

II. mit seinen übrigen Einreden gegen die von dem Frhrn. v. H. praes. 30. Aug. 1819 übergebene Klage zu präcludiren sey, daher das kön. Landgericht N. von erster Instanz nun mehr in der Hauptsache das Weitere zu verfügen oder zu erkennen habe.

III. Sey das von dem Frhrn. von H. in der Klage gestellte Cautions-Gesuch formel allerdings zuläßig, sohin von dem Landgerichte auch hierüber das weitere Rechtliche zu verfügen.

Die Kosten aller Instanzen werden compensirt.

Gründe.

Zu I. ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Zu II. Frhr. v. H. hat den Advocaten B. um Entschädigung belangt, indem dieser als sein Rechtsanwalt in dem Processe gegen Jonas S. und Consorten zu O., Rechnungsstellung betreffend, durch sein angeblich mit den Gesetzen nicht übereinstimmendes Benehmen in den Verhandlungen Veranlassung gegeben habe, daß er Frhr. von H. in diesem Processe unterlegen sey.

Dieser Klage hat indeß Advocat B. die Einrede entgegengesetzt, daß er von dem Kläger zur Führung des ganzen Processes (ad totam causam) nicht bevollmächtigt gewesen, folglich auf den vorliegenden Streit nach Cod. jud. cap. 6. § 3. sich einzulassen nicht verbunden sey; diese Einrede hat aber der Richter I^mae in der Art, in welcher sie angebracht worden, nämlich als Präjudicial verworfen, und den Beklagten zur Einlassung auf die Frhrl. von H.'sche Klage angehalten.

Dieses von dem kön. Appellationsgerichte bestättigte Urtheil steht gegen den Beklagten auf den Grund des nro. 1. § 20. der Nov. vom 22. Juli 1819 mit Rücksicht auf die nro. 3. § 19. l. c. rechtskräftig fest; allein Frhr. von H. ist mit diesem Erkenntnisse keineswegs zufrieden; derselbe will vielmehr den Advocaten B. in Haupt- und Nebensache definitive verurtheilt wissen.

Dieses Gesuch kann zwar von dem obersten Gerichtshofe nicht gewährt werden, da zur Zeit weder die I. noch II. Instanz in der Hauptsache erkannt haben; indeß ist die Frhr. von H.'sche Beschwerde in so ferne allerdings gegründet, als dieselbe dahin gerichtet ist, daß Advocat B. mit allen übrigen Einreden gegen die Klage nicht weiter mehr zu hören sey; denn dadurch, daß Advocat B. derselben nicht nur einen allgemeinen Widerspruch, sondern auch die besondere Einrede entgegengesetzt hat, er sey von dem Frhrn. v. H. zur Führung des ganzen Processes nicht bevollmächtigt gewesen, hat

er offenbar dem Grunde der Klage widersprochen, sohin ipso facto litem negative contestirt; eben daraus ergibt sich, daß die Einrede weder dilatorischer, noch präjudicieler Natur ist.

Es kann demnach Beklagter zur Einlassung auf den gegenwärtigen Streit nicht weiter angehalten, sondern er muß vielmehr mit allen übrigen Einreden ohne weiters präcludirt werden, indem er alle dilatorischen und peremtorischen Exceptionen zugleich und auf einmal bei dem ersten Termine in Gemäßheit Cod. jud. cap. 6. § 2. unter dem Präjudiz der Präclusion hätte anbringen sollen, was aber nicht geschehen ist.

An der I. Instanz ist es nun mehr, das weitere Rechtliche zu erkennen oder zu verfügen.

Zu III. Der eigentliche Anfang eines jeden Rechtsstreites wird dadurch gemacht, daß derjenige, welcher einen Anspruch an einen Andern zu haben glaubt, diesen dem Richter vorträgt, und ihn um die Realisirung desselben nach geschehener Verhandlung bittet. Dieses ist das Anbringen der Klage, welches bei dem schriftlichen Verfahren durch die Überreichung des Klaglibelles geschieht.

Nicht die Zeit der Exhibirung der Exception, sondern die der Klage entscheidet also hinsichtlich der Frage, ob der Cod. jud. cap. 8. § 5., welcher die Caution auch bei Klagen gegen Inländer zuläßt, oder die dießfalls ganz abweichende Novelle vom 22. Juli 1819 § 8. nro. 2. hier anwendbar sey; nun hat Frhr. von H. schon in seiner Klage vom 28/30. August 1819 darauf angetragen, den Advocat B. zu einer Caution von 56,600 fl. für Haupt- und Nebensache anzuhalten.

Die erst mit dem 1. October 1819 in Wirksamkeit eingetretene Novelle vom 22. Juli desselben Jahres (§ 38. nro. 2. der Novelle) kann daher in dem concreten Falle nicht in Anwendung kommen, sondern es muß der Cautions-Punct nach Cod. jud. l. c. beurtheilt werden.

Das Frhr. von H.'sche Cautionsgesuch ist demnach formel allerdings zuläßig, von dem kön. Landgerichte daher hierüber das weitere Rechtliche zu verfügen.

Aus diesen Gründen mußte ꝛc. ꝛc.

München, den 18. Juli 1823.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Frankl.

56.

Ueber Klagenhäufung.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

In Sachen des Balthasar nnd Kaspar P. zu W., dann Barth. H. zu D., gegen den kön. Fiscus, wegen Giltmoderation, dermal wegen angeblich unstatthafter Klagenhäufung, erkennt das kön. Appellations-Gericht für den *** Kreis zu Recht: daß die Kläger, nachdem zwischen ihnen um so minder eine Streitgenossenschaft besteht, als jeder derselben ein anderes Object gekauft hat, und über jedes Kaufsobject ein in den Bedingnissen nicht ganz gleichlautender Kaufs-Vertrag geschlossen wurde, mit ihrer gemeinschaftlich angestellten Klage um Gilt-Moderation auf den Grund der Gerichts-Ordnung Cap. IV. § 9. zur Zeit ab- und angewiesen seyen, daß jeder von den genannten Klägern seine vermeintlichen Ansprüche gegen den kön. Fiscus in einer abgesonderten Klage geltend zu machen habe.

Belangend die vom königl. Fiscus der erhobenen Klage weiter mit entgegengesetzte Exceptio ineptae supplicationis, so bedarf solche bei den gegenwärtigen Verhältnissen ohnehin keiner Würdigung mehr.

Die auf gegenwärtige Entscheidung erlaufenen Kosten endlich haben die Kläger als unterliegender Theil zu tragen.

Den 17. April 1822.

57.

Von der ob- und subjectiven Klagenhäufung.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der Gemeinden des kön. Landgerichts G., contra den kön. Fiscus wegen Unterhalts mehrerer Brücken, dermalen Streiteinlassung zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellations-Gerichts für den *** Kreis vom 26. Oct. 1832 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz.

Gründe.

1. Die Klage der sämmtlichen Gemeinden des kön. Landgerichts G. hat zum Gegenstande, die ihnen überbürdete Unterhaltungspflicht von 11 Brücken, und den Rückersatz der bereits im Jahre 1824 wegen dieser Brücken geleisteten Concurrenz zu 699 fl.

Jede Gemeinde hat daher hinsichtlich ihres Anspruches auf Befreiung von der fraglichen Unterhaltungspflicht, und auf Ersatz der betreffenden Concurrenz-Quote dieselbe Veranlassung zur Klage, nämlich die Verweigerung des Ärars

zum Unterhalte der fraglichen Brücken, und die Verweigerung des Ersatzes der bereits contribuirten Summe.

Sämmtliche Gemeinden haben daher causam communem, in welchem Falle ihnen nach cod. jud. cap. 4. § 9. in not. lit. c. eine gemeinschaftliche Verfolgung ihrer Rechtsansprüche gestattet ist.

2. Das von dem Fiscus eingewendete Sachverhältniß, daß die 11 verschiedenen Brücken auch in verschiedenen Districten liegen, ist hier ganz irrelevant; denn durch die der Klage in Abschrift beiliegende Ministerial-Entschließung vom 16. Juli 1830 sind die sämmtlichen Gemeinden zum Unterhalte der sämmtlichen 11 Brücken verfällt, respect. mit ihrem Anspruche auf Befreiung von diesem Unterhalte zurückgewiesen; es handelt sich daher von der Verbindlichkeit des Unterhalts der sämmtlichen Brücken, d. h. in ihrer Gesammtheit ohne Ausscheidung dieser oder jener Brücken für einzelne Gemeinden, daher es gleichgiltig ist, wo die einzelnen Brücken, deren Gesammtheit den Gemeinden zum Unterhalte überbürdet werden will, im Gerichte liegen, genug, daß diese Brücken hinsichtlich ihres gemeinschaftlichen Unterhalts durch die angezogene höchste Entschließung in Connexität gesetzt sind, und somit für die sämmtlichen Gemeinden einen und denselben Streitgegenstand bilden.

3. Unhaltbar ist die weitere Einwendung des kön. Fiscus, daß die der Klage angefügte Concurrenz-Rolle die Verpflichtung der Kläger zum Unterhalte der fraglichen Brücken nicht nachweise, weil in selber die betreffenden Brücken nicht aufgeführt seyen. Diese Concurrenz-Rolle enthält die Repartition der zum Unterhalte der ruinosen Brücken erfoderlich gewesenen, und im landgerichtlichen Circulare vom 6. Jän. 1824 angegebenen Summe von 699 fl. und dieses Circular sagt im Eingange ausdrücklich:

„Daß diese Umlage geschehe, weil die königl. Regierung den fernern Unterhalt der schadhaft gewordenen mehreren, im Landgerichts-Bezirke befindlichen Brücken verweigere.“

Nun sind in der bereits angeführten Ministerial-Entschließung, auf deren Grund der Anspruch der Gemeinden auf Unterhalts-Befreiung und Rückvergütung der Concurrenz ad 699 fl. zurückgewiesen wird, die Brücken, hinsichtlich welcher die fernere Baulast den Gemeinden überbürdet werden will, namentlich bezeichnet, und zwar dieselben, wie sie in der Klage aufgeführt sind; hiedurch ist also anerkannt, daß die Concurrenz gerade für diese, und keine andern Brücken von den Gemeinden geleistet wurde, daher über die Nachweisung des Klagegrundes von Seite der Gemeinden durch besagte Concurrenz-Rolle um so minder ein Zweifel vorliegen kann, als die Klagsbeilagen von dem Fiscale ihrem Inhalte nach nicht widersprochen worden sind. Aus diesen Beilagen geht

4. klar hervor, daß jede einzelne Gemeinde zum Unterhalte der sämmtlichen Brücken verpflichtet werden will, daher auch jede hinsichtlich ihres nun klagbar zu verfolgenden Anspruches einen und denselben Klagegrund hat; die sämmtlichen Gemeinden stehen demnach in communione juris, und bilden ein wirkliches litis consortium. Zwar hat der kön. Fiscus eingewendet, daß die Kläger ihre Sache in der Klage selbst nicht als Gemeinde-Angelegenheit, sondern als res singulorum bezeichnet hätten; allein dieß kann denselben um so minder in irgend einer Beziehung präjudiciel seyn, als sie auch in der Gesammtheit von Steuerpflichtigen, in welcher Eigenschaft sie anfänglich aufgetreten sind, wegen ihrer auf demselben historischen Fundamente beruhenden Ansprüche, als litis Consortes zu betrachten wären; überdieß haben sie sich nachhin ausdrücklich als Gemeinden zu einer Streitsgenossenschaft vereiniget, und in solcher Eigenschaft auch den erfoderlichen Streitconsens ihrer Curatelbehörde beigebracht, daher der Bestand eines litis Consortium unter den sämmtlichen Gemeinden, man mag selbe nun als Verpflichtete hinsichtlich des ihnen überbürdeten Unterhalts der Brücken, oder als Berechtigte hinsichtlich ihres Anspruches auf Rückersatz der geleisteten Concurrenz betrachten, als materiel und formel nachgewiesen sich darstellt.

5. Die von dem kön. Fiscus der Exception abschriftlich angefügte Regierungs-Entschließung v. J. 1831, gemäß welcher nur vier Gemeinden des kön. Landgerichts G. zum Unterhalte einer einzelnen der nun in Frage stehenden Brücken angezogen worden sind, kann hier nicht entscheiden, weil sie auf die spätere Ministerial-Entschließung gar keinen Bezug hat, und dieselbe auch nicht abzuändern vermöchte. Durch jene höchste Entschließung v. J. 1824 ist nun aber einmal den sämmtlichen Gemeinden der Unterhalt der 11 Brücken überbürdet, und der Ersatz der vorschußweise geleisteten Concurrenzsumme verweigert worden; durch jene Entschließung finden sich die Gemeinden verletzt und wegen derselben Entschließung, die in ihrer Allgemeinheit sämmtliche Gemeinde-Glieder hinsichtlich aller Brücken belastet, haben sie nun die Rechtshilfe nachgesucht, daher es nicht darauf ankommen kann, was später im J. 1831 die Regierung wegen einer einzelnen Brücke gegen einzelne Gemeinden verfügt hat; endlich

6. ist auch der Umstand, daß dem kön. Fiscus, wie er weiters einwendet, hinsichtlich der verschiedenen 11 Brücken, auch verschiedene Einreden zustehen, keinesweges ein Grund, der die Simultan-Verhandlung der von den Gemeinden erhobenen Klage verhindern könnte; die Simultan-Verhandlung ist nach cod. jud. cap. 4. §9. in not. nur dann ausgeschlossen, „wenn mehrerlei Actiones, welche verschiedene nicht miteinander in communione stehende Sachen betreffen“ vereiniget werden; allein solches ist in concreto nicht der Fall, indem hier von den sämmtlichen Gemeinden ein und derselbe Anspruch, nämlich Befreiung von dem Unterhalte der sämmtlichen 11 Brücken, und Rückersatz der bereits hiewegen geleisteten Concurrenzquote verfolgt wird.

Das Foderungsrecht jeder einzelnen Gemeinde ist demnach mit dem der übrigen in genauer Connexion, daher es ganz gleichgiltig ist, welche Einreden oder Beweismittel dem kön. Fiscus in Betreff der einzelnen Brücken zu Gebote stehen, oder ob, wie er behauptet, nach dem Verlaufe des Processes theils definitive, theils interlocutorie zu erkennen seyn wird — Erscheinungen, welche sich bei Durchführung der Proceße

häufig ergeben, ohne daß hiedurch eine Verweigerung zur Streitseinlassung begründet werden könnte. Im vorliegenden Falle ist durch die Simultan-Verhandlung der Ansprüche der Gemeinden durchaus keine Unordnung im künftigen Proceßwege zu besorgen, somit auch der Fall nicht gegeben, wo der Richter auf separirte Anbringung der Klage dringen müßte.

7. Da die Gemeinden in ihrem Klage-Petitum auf Befreiung von der ihnen zugemutheten Verbindlichkeit zum Unterhalte der fraglichen Brücken und auf Rückersatz der bereits geleisteten Concurrenz ad 699 fl. angetragen, demnach mit der actio negatoria die condictio ob injustam causam verbunden haben, so liegt hierin zwar eine objective Klagehäufung; allein abgesehen davon, daß der kön. Fiscus gegen diese Cumulation nichts eingewendet hat, ist sie jedenfalls zulässig, da es in der Regel auf das innere Verhältniß, in welchem die cumulirten Klagen stehen, nicht ankömmt.

(Bayers gemeiner Proceß S. 223.)

Die actio negatoria ist hier in Bezug auf die damit verbundene Ersatzforderung zwar von präjudiezieler Eigenschaft, indem, wenn selbe gegen die Gemeinde entschieden werden sollte, der Anspruch derselben auf Ersatz der bereits geleisteten Concurrenz-Quote von selbst hinwegfällt.

Der Verbindung dieser Klagen steht aber kein gesetzliches Hinderniß entgegen, indem sie weder widersprechend, noch so beschaffen sind, daß die eine durch die Erwählung der andern aufgehoben würde.

Cod. jud. cap. 4. § 9. in notis lit. f.

Hienach mußte ꝛc.

München, den 16. September 1833.

Frhr. v. Welden.

Frankl.

58.

Erkenntniß.

(Das litis Consortium betreffend.)

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Andreas D. et Conf. zu G. gegen den kön. Fiscus wegen Gilt-Nachlaß, gegenwärtig die Streits-Genossenschaft betreffend, zu Recht, und bestättigen das Decret des kön. Appellationsgerichts für den *** Kreis vom 25. Februar d. Js.

Gründe.

Die Gerichtsordnung bestimmt cap. 4. § 91. mehrerlei actiones, welch unterschiedlich nicht mit einander zu verhandelnde Sachen, oder unterschiedliche, in keinem *litis consortio* stehende Parteien betreffen, sollen in einem Klaglibelle niemals vermischt, sondern gleich abgesondert werden; sodann erklärt eben über den Begriff des Consortiums die Note lit. e. unter anderm: In Klagen ganzer Gemeinden muß man sehen, ob die Gravamina so beschaffen sind, daß sie die Gemeinde in corpore et universos, oder nur singulos betreffen; die letztern müssen aber separirt, und jeder von der Gemeinde gleichwohl zur besondern Klage angewiesen werden, weil sie in diesem Falle nicht causam communem haben.

Dieser Fall ist eben vorhanden. Nicht die Gemeinde G. als solche hat ein Interesse an dem zu beginnenden Rechtsstreite, selbst nicht einmal die Mehrheit der Bürger daselbst, sondern nach dem Inhalte der am 22. Februar d. Js. beim kön. Appellationsgerichte des *** Kreises eingereichten Klage traten nur 10 Mitglieder mit dem Antrage auf, es möchte richterlich ausgesprochen werden, daß jedem von ihnen an der von ihren grundbaren Höfen für das Jahr 1830/31 schuldigen Gilt ein zweifünftels Nachlaß gebühre, wie solche an-

dern Mitgliedern vom kön. Fiscus freiwillig bereits bewilliget sey.

Allein gerade wegen einer sehr wohl denkbaren Verschiedenheit der Einwirkung der angeführten Elementar-Ereignisse auf diesen oder jenen Theil der Markung u. s. w., und überhaupt deßhalb, weil jeder der nunmehrigen Beschwerdeführer dem kön. Fiscus als Grund- und Lehenherrschaft in einem gesonderten und selbstständigen Rechtsverhältnisse gegenüber steht, hat jeder auch seine Ansprüche auf Gilt-Nachlaß in diesem oder jenem Betrage sowohl gerichtlich als außergerichtlich geltend zu machen. Pflicht des Gerichts, wo dieser Regel entgegen im Collectiv Namen aller einzelnen Betheiligten eine alle betreffende Klagschrift eingereicht war, war es daher, diese zurück, und die Betheiligten zur besondern Klagestellung anzuweisen, wie es vom königl. Appellationsgerichte des *** Kreises unter dem 25. Februar geschah, ohne erst eine dießfallsige Einrede des Gegentheils auf Klagemittheilung abzuwarten.

München, am 23. Juni 1832.

v. Mann, Präsident.

Frankl, Secr.

59.

Provisorium.

Erkenntniß.

Das kön. Appellations-Gericht für den *** Kreis.

Eine provisorische Verfügung im Laufe des Processes findet nur dann statt, wenn ohne dieselbe die Realisirung des zu er-

Erkennt in der Streitsache des Georg W. und Georg F. zu A. pcto. provisorii zu Recht:

daß der kön. Fiscus mit der Duplik zu präcludiren, und daß die Kläger mit ihrer Bitte um eine provisorische Verfügung

zum unentgeltlichen Bezuge von jährlichen 10 Klaftern Holz und 25 Fahrtl Streu für jeden aus den kön. Waldungen abzuweisen, die auf den Streit pct. provisorii erlaufenen Kosten zu compensiren seyen.

streitend. Rechts unmöglich, oder doch sehr erschwert würde.

Gründe.

Eine provisorische Verfügung im Laufe eines anhängigen Rechtsstreites findet nur dann statt, wenn ohne eine solche die Realisirung des zu erstreitenden Rechts unmöglich oder doch sehr erschwert würde, und nur in dem Maaße, daß keiner Partei zu nahe getreten, und der Grundsatz: Pendente lite nil innovandum, nicht verletzt werde.

Im concreten, vorliegenden Falle suchten die Kläger durch eine Spolienklage schon den Besitz des unentgeldlichen Einbesserungsrechts, und der Zweck dieser Klage und ihre Wirkung kann für sich schon nur ein provisorischer Besitzstand seyn, nämlich bis in possessorio plenario vel petitorio etwas besseres nachgewiesen ist; eine während dieses Streites erlassene Herstellung eines Provisoriums würde deßhalb schon die Entscheidung des Hauptstreites in sich fassen, und das Zusprechen dessen, was erst erstritten werden soll, würde sohin eine unwidersprechbare Neuerung enthalten.

Nicht minder mangelt die Gefahr auf dem Verzuge, das heißt, die Besorgniß, daß ohne eine provisorische Verfügung die Realisirung des durch die Spolienklage zu erreichenden Zweckes unmöglich oder erschwert wäre; denn, da den Klägern der Bezug des benöthigten Holzes und der Streu nicht verneint ist, und es sich daher nur um die Unentgeltlichkeit dieses Bezuges handelt, so ist einerseits ohnehin dem Bedürfnisse der Kläger abgeholfen und andererseits, wenn ihnen einst das unentgeltliche Einforstungsrecht zugesprochen werden sollte, die Realisirung dieses Ausspruches ohne Hinderniß möglich und gegeben.

Wegen Mangel der Erfoderniße zur Begründung einer Provisional-Verfügung mußten daher die Bittsteller abgewiesen, die erlaufenen Kosten aber aus dem Grunde compensirt

werden, weil von Seite derselben kein Muthwille sichtbar ist, und der kön. Fiscus selbst durch Verzögerung des Spolienstreites Anlaß zur Bitte um ein Provisorium gab.

Den 28. September 1822.

60.

Unterschied zwischen der Spolien-Klage und dem Possessorium summarissimum.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache der beiden Bauern Georg W. und Georg F. zu A. gegen den kön. Fiscus wegen Einforstungs-Rechtes, dermal pcto. spolii zu Recht, und bestättigen das Interlocut des königl. Appellations-Gerichts des ***Kreises vom 3. publ. 18. Jän. 1823 in der Art, daß die Kläger schuldig seyen, binnen 30 Tagen zu beweisen, daß sie vor der Dejection in dem unentgeltlichen Besitze der fraglichen Forstrechte gewesen seyen.

Kosten ꝛc.

Gründe.

Darüber, daß den Klägern der Beweis, im Besitze des unentgeltlichen Bau- und Brennholzes, dann Rechstreubezuges gewesen zu seyn, obliege, wird sich auf die, dem appellationsgerichtlichen Urtheile nachgesetzten Entscheidungs-Gründe bezogen, und rücksichtlich der im vorstehenden, oberstrichterlichen Erkenntnisse enthaltenen Abänderung, resp. Modification des erstinstanzlichen Beweis-Themas beigefügt, daß aus diesem Beweisthema die Worte Jahr und Tag vor entstan-

dener Irrung, weggelassen werden mußten, weil das Gesetz Cod. jud. cap. 3. § 5. diese Modification nur bei dem poss. summarissimo fodert, von welchem aber das remedium spolii nach den deutlichen Anmerkungen zur allegirten Gesetzesstelle lit. c. wesentlich verschieden ist, da das erste, wobei ein bloß zweifelhafter Besitz vorausgesetzt wird, ein remedium retinendae, das zweite aber ein remedium recuperandae possessorium ist, indem der Spolienkläger gar nicht mehr im Besitze ist, seinen Klagegrund deßwegen ganz eigentlich nur auf die Entsetzung aus dem Besitze, also auf ein factum illicitum stützt, und daher seiner Verbindlichkeit hinreichend entspricht, wenn er nachweiset, zu irgend einer Zeit während welcher die Spolienklage läuft, im Besitze gewesen und desselben entsetzt worden zu seyn, weßhalb ihn auch die Gesetze, die ein factum illicitum niemal patroziniren, im Falle er diese Nachweisung zu leisten vermag, ohne weiters in den entzogenen Besitz wieder einzusetzen gebieten, ohne daß er früher über die Recht- oder Unrechtmäßigkeit des Besitzes Rede und Antwort zu geben gehalten seyn kann.

München, den 19. Dec. 1823.

Graf von Arco.

Frankl.

61.

Von dem Heiraths-Consens der Aeltern bei Verehelichung ihrer Kinder.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen Theres A. zu S., gegen Kath. v. K. auf L., Vatergutszahlung und Ausfertigung zu Recht:

Nur wenn zugleich dilatorische und peremtorische Einreden vorgebracht wer-

den, muß man, wenigstens eventuel, litem contestiren.

Daß Beklagte sich hinsichtlich der klägerischen Foderungen von 8000 fl. resp. 6800 fl. Vatergut, und 1000 fl. für eine Ausfertigung auf die Klage einzulassen schuldig sey. Kosten ꝛc.

Gründe.

1. Beklagte Kath. v. K. verweigerte die Streitseinlassung
   a) weil Klägerin sich noch nicht über ihre Trauung mit Math. A. ausgewiesen habe,
   b) weil sie sich jedenfalls ohne ihren mütterlichen Consens verheirathet haben würde,
   c) weil die Vatergutsauszeige vom 28. Nov. 1810 durch den Vergleich vom 4. Jänner 1816 wieder abgeändert worden sey.

ꝛc. ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Ad b) Eben so wenig rechtfertiget der Mangel des mütterlichen Heiraths-Consenses die Litiscontestations-Verweigerung; denn nach Cod. civ. P. I. cap. 6. § 4. not. und 6. sind Verehelichungen, die mit Umgehung der Ältern geschehen, nicht ungiltig, sondern nur strafbar, und es wird bei einer dießfallsigen vorausgesetzt, daß die Kinder noch in väterlicher Gewalt, oder in der Ältern Pflege und Unterhalt stehen, und daß die Töchter das 25. Jahr noch nicht zurückgelegt haben — der Klägerin Vater aber ist schon längst todt; die Beklagte hatte durch ihre Wiederverehelichung nach Cod. civ. p. I. cap. 6. § 47. nro. 4. die Vormundschaft über ihre Kinder verloren, Klägerin war bei dem Abschlusse ihrer Ehepacten auch nicht mehr in ihrer Mutter Pflege und Unterhalt, und da sie in dem Vertrage vom 28. Nov. 1810 für 15jährig angegeben wurde, so befand sie sich zur Zeit ihrer Verehelichung (1822) schon im 28sten Jahre.

Überdieß alles gestand Beklagte schon selbst, daß das Landgericht P. ihrer Protestation ohngeachtet, der Klägerin die Erlaubniß zu ihrer Verehelichung und Ansässigmachung ertheilte, und da die Beklagte sich hiebei beruhiget, und das kön. Landgericht jedenfalls durch Protocollirung der Heirathspac-

ten, als Gerichtsbehörde gehandelt hatte, würde der mütterliche Heirathsconsens auch als suplirt erscheinen.

2c. 2c. 2c.

2. Ungeachtet diesem allen nach die Beklagte zur Streits-Einlassung verbunden war, so konnte dennoch nicht, wie in beiden vorigen Instanzen geschehen ist, sogleich materiel erkannt werden.

Denn nur dann, wenn zugleich dilatorische und peremtorische Einreden vorkommen, ist man nach Cod. jud. cap. 6. § 4. wenigst zur eventuelen Litiscontestation verbunden. Die Einreden, daß die Klägerin noch nicht, oder wenigst nicht mit der Beklagten mütterlichen Consens verehelichet sey, und sohin noch gar kein Klagerecht habe, ist aber präjudizieler Natur, und würde daher, wenn sie als gegründet befunden wäre, nach Cod. jud. cap. 6. § 3. nro. 3. die Beklagte von jeder Streitseinlassung befreit haben.

Dieser konnte es daher nichts präjudiziren, mit jener Einrede noch andere zu verbinden, und da sie jedenfalls solches nicht in der Absicht that, um den Streit wenigstens eventuel zu befestigen, im Gegentheile sich förmliche Streitseinlassung und das Vorbringen ihrer peremtorischen Einreden vorbehalten, und sogar, obwohl ungeeigneter Weise, die exceptio rei transactae bloß in der Eigenschaft einer prozeßhindernden Einrede angebracht hatte, so konnte sie mit dem Vorbringen ihrer peremtorischen Einreden nicht präcludirt werden.

3. Es war daher vorerst, wie geschehen, der Beklagten aufzutragen, sich auf die Klage einzulassen.

2c. 2c. 2c.

München, den 4. Nov. 1825.

v. Schiber, Dir.

Frankl.

62.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Der kön. Fiscus ist nicht verbunden Communal- und Stiftungsprozes. ohne besond. Auftrag zu führen.

Erkennen in Sachen des Joh. H., Knopfmachers in P., gegen den kön. Fiscus, eigentlich gegen die königl. Studienfonds-Stiftung, eine Foderung betreffend, zu Recht, daß der kön. Finanz-Fiscus nicht schuldig sey, sich auf die Klage des H. einzulassen, sondern daß die erwähnte Klage im Duplicate der kön. Regierung des ***Kreises, K. des F. zu dem Ende mitzutheilen sey, um für die beklagte Stiftung einen Vertreter aufzustellen, und durch denselben ihre Einreden innerhalb eines festzusetzenden Termines abgeben zu lassen. Kosten ꝛc.

Gründe.

Die streitenden Theile sind darüber einig, daß die eingeklagte Foderung nicht gegen das Staats-Vermögen im engern Sinne, sondern gegen den Studienfond, folglich nicht gegen den kön. Fiscus, sondern gegen eine Stiftung gerichtet sey, deren Vertretung unter der obersten Leitung des kön. Staats-Ministeriums des Innern, der königl. Regierung, K. d. F. steht.

Verordn. v. 27. März 1817. § 38. 39. 47. p. 257.

Das gesammte Stiftungs-Vermögen ist nach Titl 4. § 10. der Verfassungs-Urkunde vom Finanz-Vermögen abgesondert.

Das kön. General-Fiscalat, so wie die unter dessen Leitung stehenden Finanz-Kammern und Finanz-Fiscale sind nur ermächtiget, das Staats-Finanz-Vermögen vor Gericht zu vertreten — die Leitung der Communal- und Stiftungs-Prozesse liegt diesen Behörden nur dann ob, wenn sie ihnen durch das kön. Staats-Ministerium des Innern besonders übertragen wird.

Allg. Verordn. v. 27. März 1817. § 88. (pag. 159, 276, 382.)

Kabinets-Befehl v. 16. April 1817. § 4. und 8.

Demnach ist der kön. Finanz-Fiscus nicht verbunden, sich auf die angestellte Klage einzulassen, sondern diese Klage ist, mit den übergebenen und nachgetragenen Beilagen der kön. Regierung K. d. F. mitzutheilen, welcher es überlassen bleibt, einen Vertreter für die geklagte Stiftung zu benennen.

Verordn. v. 27. Juli 1817.

München, den 4. Jän. 1825.

Graf v. Arco, Präsident.

Frankl.

63.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Bauern Franz S. in G. wider den Handelsmann Anton K. zu G., die Erfüllung eines Gutskauf-Vertrages betreffend zu Recht, und belassen es bei dem Erkenntnisse des Landgerichts P. vom 20. December 1819. ꝛc. ꝛc.

Weñ auf Erfüllung eines Kaufs geklagt wird, u. der beklagte Käufer die Einrede des mangelnden grundherrl. Consenses einwendet, so darf deßhalb die Klage nicht abgewiesen werden, sondern dem Kläger wird die Einwilligung der Grundherrschaft zu beweisen aufgetragen.

Gründe.

Der Kläger ist von dem kön. Appellationsgerichte des ***Kreises unterm 9. September 1819 mit seiner Klage auf Erfüllung des angeblichen Kauf- und Tausch-Vertrages aus dem Grunde angebrachtermassen abgewiesen worden, weil er in derselben von der Erhaltung der grundherrlichen Einwilligung nichts bemerkt hatte, und es wurde in den Entscheidungsgründen besonders angeführt, daß ihm wegen dieser Unterlassung auch kein sich auf die grundherr-

liche Einwilligung beziehender Beweis könne aufgetragen werden.

Nun hat aber der Kläger unterm 2. October 1819 zwar keine unbedingte Einwilligung des königl. Rentamts P. als Grundherrschaft in den angeblichen Vertrag beigebracht, seine früher zurückgewiesene Klage jedoch dadurch ergänzt, daß er sich auf den schon ertheilten oder noch zu ertheilenden grundherrlichen Consens berief, und es erhellt nicht aus den Acten, daß ihm diese grundherrliche Einwilligung unbedingt schon sey abgeschlagen worden, oder auch nur könne abgeschlagen werden.

Da der Beklagte auf die Erfüllung des angeblichen Kauf- und Tauschvertrages ohne Zweifel belangt werden kann, wenn die beiderseitige Einwilligung wirklich vorhanden war, und die bei Abschließung desselben vorbehaltene grundherrliche Genehmigung erfolgt, so hat die erste Instanz dem Kläger den Beweis dieser beiden Puncte, auf welche die ergänzte Klage gegründet ist, mit Recht aufgetragen, und es mußte bei diesem Erkenntnisse belassen werden.

München, den 6. September 1820.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Fränkl, Secr.

64.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Haereditates jacentes gaudiren jura minorenitatis.

Erkennen in Sachen der Posterpeditors-Wittwe P. gegen den Curator der Cassier K.'schen Verlassenschafts-Masse, eine Foderung von 9000 fl. betreffend, zu Recht:

daß gedachte Verlassenschaftsmasse contra lapsum term. praej. ad. reprob. brevi manu in integrum zu restituiren sey, sofort das kön. Stadtgericht in I. Instanz über den in der Eingabe des Curators ddo. 3. praes. 20. Mai 1815 angetretenen Gegenbeweis geeignet zu verfügen habe.

Gründe.

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Unter diesen factischen Verhältnissen ist nach Cod. civ. p. III. cap. 1. § 4. nro. 1 und 3. der Rücklaß des Cassier K. offenbar als haereditas jacens zu betrachten, wie denn auch Advocat E. den 16. Aug. 1810 von dem hiesigen Stadtgerichte zum Massecurator ernannt, resp. bestättigt wurde.

Liegende Erbschaften aber genießen die Rechte der Minderjährigen. Nach den Anmerkungen ad cod. civ. p. I. cap. 7. § 36. nro. 8. lit. a. gaudiren jura minorenitatis personae fictae vel mysticae, welche sich selbst nicht vorstehen können, sondern von Andern vertreten werden müssen, vermöge der nämlichen Anmerkungen, aber ad p. III. cap. 1. § 4. nro. 5. lit. e, f. wird haereditas jacens für eine Person geachtet, mit welcher es die nämliche Beschaffenheit hat, wie mit andern dergleichen personis fictis vel mysticae, welche jura minorum gaudiren.

Auch nach gemeinem Rechte ist dieses Vorrecht außer Zweifel, da es in l. 22. ff. de fidejussoribus et mandatoribus ausdrücklich heißt: haereditas personae rite fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.

Zur Restitutio in integrum contra lapс. term. praej. ist nach cod. jud. cap. 16. § 1. nro. 11. die bloße Minderjährigkeit hinlänglich.

Nun ist aber diese Art von Restitution nicht jene contra sententiam, welche E. für die K.'sche Massa in Anspruch nimmt, da er gegen die im stadtgerichtlichen Urtheile vom 30. September 1812, (welches durch das dießseitige Erkenntniß vom 26. Mai 1813 hierin rechtskräftig wurde) ausgesprochene Präclusion des Gegenbeweises restituirt seyn will; dann

die in der Folge auch rechtskräftig gewordene Sentenz des Stadtgerichts vom 24. März 1815, wodurch die K.'sche Masse in die Bezahlung der von B. eingeklagten 9000 fl. verurtheilt wurde, ist nur eine nothwendige rechtliche Folge jener Präclusion des Gegenbeweises, und dem E. ist es hauptsächlich und einzig um die Gewinnung des präcludirten Gegenbeweises zu thun, wie er denn auch in seiner Eingabe vom 3. praes. 20. Mai 1815 seine Gegenbeweisartikel übergab.

Als restitutio contra lapsum termini praej. ad reprob. mußte sie nach Cod. jud. c. 16. § 1. nro. 11. inner so viel Zeit, als man zuvor re adhuc integra (vor eingetretenem Hindernisse) übrig gehabt hätte, bei der I. Instanz angebracht werden.

Nun scheint es, daß E., da ursprünglich der Termin zur Anbringung des Gegenbeweises mit der Duplik ein 30 tägiger war, wenigstens binnen 30 Tagen von der Eröffnung des dießseitigen Erkenntnisses vom 26. Mai 1813 angefangen, sein Restitutionsgesuch nebst Gegenbeweisartikeln beim Stadtgerichte hätte einreichen sollen, mithin die Anbringung des Restitutionsgesuches erst im Mai 1815 verspätet sey.

Allein, weil die K.'sche Verlassenschaftsmasse jura minorum hat, so mußte sie, da der Stand der Minderjährigkeit noch immer fortdauert, auch gegen die Versäumung des Termines zur Einbringung des Restitutionsgesuches aus dem nämlichen Grunde um so mehr restituirt werden, als der Curator Massae in seiner Eingabe de praes. 21. Juni 1816 eventuel auch hierum gebeten hat.

Übrigens bedurfte es, da die Eigenschaft der Minderjährigkeit besagter Masse aus den Acten hervorging, keiner weitern Instruirung des Restitutionspunctes, sondern die Restitution konnte brevi manu ertheilet werden.

München, den 19. December 1817.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco, Präsident.

Fränkl, Secr.

65.

Hypothek-Lehen.

In Sache der Frau v. G. contra Heinrich K. war auf ein frei eigenthümliches Grundstück ein Lehen-Consens nach bambergischen Landrechte constituirt, dieses Grundstück aber nicht mehr bei der Massa, als der Schuldner in Concurs gerathen war.

Wenn die Eigenschaft eines Lehen-Consenses deßhalb hinwegfällt, weil d. verpfändete Grundstück kein Lehen war, so besteht doch die Versicherung als Hypothek fort.

Frau von G. fiel im Concurse wegen Unzureichenheit der Massa durch, und belangte nun den H. K. zur Zahlung oder Herausgabe des Objects. Dieser setzte die Einreden entgegen:

1) daß die Hypothek ungiltig sey, weil das verpfändete Grundstück kein Lehen war,

2) daß er nicht regreßpflichtig war, weil Frau von G. ihm im Concurse den Streit nicht rechtzeitig verkündet habe.

Das kön. Appellationsgericht setzte die zweite Einrede auf den Grund des Landrechts S. 392 et 393. § 4, 5, 6. zum Beweise aus, und erachtete die Hypothek für giltig.

Dieses Erkenntniß wurde von dem obersten Gerichtshofe bestättigt, und zwar aus folgenden

Gründen:

1. Sowohl nach der Absicht, als den Handlungen der Paciscenten muß angenommen werden, daß eine Verpfändung wirklich geschehen sey. Die Darleherin bezielte Sicherheit, und zwar die möglichst größte. Der Darlehensaufnehmer war bereit, diese zu leisten, sicherte schon zum Voraus die möglichst größte zu, und erwirkte hiezu den lehensherrlichen Consens. Mit dem darauf erfolgten Empfange des Darlehens mit der Aushändigung der Consens-Urkunde, mit dem unter Bezug auf dieselbe beigesetzten Bekenntnisse des Geld-

empfanges ging auch das gegenseitige Anlehen und Pfandgeschäft in wechselseitige Erfüllung über.

2. Daß das verpfändete Object nicht Lehen war, bewirkt zwar, daß von einer Lehensverpfändung und deren Vorzug keine Rede seyn kann, schließt aber den Rechtsbestand der constituirten Hypothek als Eigenthums-Hypothek nicht aus, da ein auch in einer Beziehung ungiltiges Geschäft in einer andern Beziehung nach cap. 37. de reg. jur. in 6. noch aufrecht bestehen kann, bei Verträgen nach frag. 21. de verbor. signif. (50, 16.) mehr die Absicht als die Worte der Contrahenten zu berücksichtigen ist, nnd das gewollte Mehr auch das Mindere zur Folge in sich schließt.

3. Kann, wenn auch die den Lehenpfand-Consens ausstellende Behörde nicht als eine Gerichtsbehörde betrachtet werden könnte, doch der fraglichen Hypothek nach der Bestimmung des Landrechts Thl. I. cap. 2. lit. 7 et 8. et Th. II. Verordnung 4. § 24, dann nach frag. 4. de pignor et Hypoth. (202.) nicht die Kraft einer außergerichtlichen oder Privathypothek versagt werden, nachdem auch diese gleich der gerichtlichen oder öffentlichen Hypothek ihre Wirkung als ein dingliches Recht gegen einen dritten Besitzer nach Maaßgabe des allgemeinen Landrechts Thl. II. nro. 5. t. 3. Classe 3 et 4 — 6 äußert, so muß die appellationsgerichtliche Beweisauflage bestättigt werden.

66.

Faust-Pfand.

Erkenntniß.

Das königl. Appellationsgericht für den *** Kreis.

Weñ der Faustpfand-Gläubiger das Pfand weiter veräußert, so

Erkennt in Sachen des kön. Kron-Fiscalates für den *** Kreis im Namen des ehemaligen Klosters M. gegen die Handels-Jü-

din Trainla B. zu S. wegen Ersatzes eines Pfandes hiemit zu Recht:

daß das Erkenntniß des kön. Landgerichts S. ddo. 17. Juni et publ. 28. Juli 1817 zu bestättigen, und die Appellantin Trainla B. in Bezahlung der Berufungskosten zu verurtheilen sey.

ist diese Veräusserung ungiltig, und der Vindicant berechtigt, sich weg. Herausgabe des Pfandes oder Ersatz dessen Werthes an den Pfandgläubiger selbst zu halten.

Entscheidungs-Gründe.

In Gemäßheit des Erkenntnisses der vormaligen churfürstlichen Landes-Regierung A. ddo. 13. Nov. 1795, bestättiget durch die Resolution der kön. obersten Justiz-Stelle in Franken ddo. 24. December 1807 ist die beklagte Trainla B. rechtskräftig verurtheilt, das von dem verstorbenen Prälaten Lambert in M. versetzte, weiß diamantene Pectoral sammt weiß brillantenen Ringe dem Kloster zurückzustellen, das Kloster aber die offerirten 520 fl., wie auch die hievon seit der Aufnahme treffenden, landesgebräuchlichen Interessen der Jüdin zu bezahlen schuldig; in Rücksicht der von der Beklagten weiter geforderten 1000 fl. hingegen das Kloster absolvirt.

Bei der zur Vollziehung dieses Erkenntnisses am 10. Mai 1808 festgesetzten Tagsfahrt behauptete Trainla B. gleichwohl wiederholt, daß sie das gedachte Pfand nicht besitze, daß es ihr Ehemann Samuel an den Grafen von P. in S. wieder versetzt habe, und diesem bei der Plünderung im Jahre 1769 zu Verlurste gegangen sey, die Vindicationsklage daher wider den Grafen von P. angestellt, und sie um so mehr von aller Haftung losgesprochen werden müßte, als kein Pfandinhaber culpam leviſſimam prästire, und sie auch gar kein Vermögen von ihrem verstorbenen Ehemanne besitze.

Diese Einreden und besonders der Abgang der befraglichen Versatz-Stücke, deren eigentlicher Werth erst herzustellen war, veranlaßte eine besondere Instruirung der Sache in executione; der kön. Fiscus trug in seiner Executionsklage de praes. 4. Nov. 1815 auf die eidliche Würdigung des zu Verlust gegangenen Pfandes mit dem Contumacialansuchen

an, die Beklagte zur Angabe ihrer Exception unter der Bedrohung anzuhalten, daß nach Ablauf des hiezu bestimmten Termines Lis pro negative contestata angenommen und der kön. Fiscus nach der Ger.=Ordn. Cap. 5. § 10. ad probandum gelassen werde. Diesen Termin ließ Trainla B. fruchtlos verstreichen, und auf weiteres Andringen des Klägers wurde am 3. Aug. 1816 obiges ihr angedrohte Compelle wahr gemacht, der kön. Fiscus sofort ad probandum gelassen.

In dieser seiner Beweisschrift wird ganz richtig dargestellt, daß der verstorbene Prälat L. in M. das Kreuz und den Ring dem verlebten Ehegatten der beklagten B., gegen das verlangte Darlehen von 2000 fl. als Faustpfand überschickt, hierauf auch einsweilen 1000 fl. erhalten und an diesem Capitale wieder 90 fl. heimbezahlt habe. Es wird nach Cod. civ. P. II. cap. 6. § 11. Nro. 1 et 2. § 12. Nro. 3. et § 16. Nro. 2. in not. eben so gezeigt, daß die Pfand=Veräußerung an den Grafen von P. widerrechtlich geschehen ist, wegen dieser schuldhaften Handlung aber nicht nur der Werth des Pfandes, sondern auch alles dasjenige ersetzt werden müßte, was occasione des Pfandes gewonnen worden sey, daß Kläger, welcher nach der Ger.=Ordn. Cap. 13. § 4. den Werth der nicht mehr vorhandenen Sache selbst eidlich bestimmen darf, den Eid hierüber weder ablegen wolle, noch könne, sondern sich nur auf die actenmäßigen Umstände beziehe, daß der Werth des Pfandes gewöhnlich höher, als der Schuld=Betrag, oder diesem wenigstens gleich zu stellen sey, wornach sich also der Werth des Pfandes auf 2000 fl. die Zinsen davon seit der gegen Trainla B. wegen Herausgabe des Pfandes erhobenen Klage vom 4. Juli 1791 bis zum 4. Juli 1816 salvis ult., nach 5 Procent auf 2500 fl. belaufen, und sohin von der Beklagten, wenn sie ihren judicatmäßigen Darlehens=Rest ad 520 fl. sammt den vom 9. Sept. 1787 bis 9. Sept. 1816 salv. ult. verfallenen 5 0/0 Zinsen ad 754 fl. in Abzug bringt, die Summe von 3226 fl. zu ersetzen kommt.

Daß Trainla B. übrigens ein Vermögen von ihrem Ehe=Manne erhielt, wird in der Beweis=Schrift des Fiscus unter Anlage eines Extractes aus dem Testamente und dem In=

ventare ihres erwähnten Mannes gezeigt, nach welchem sie ihre Illaten ausgezeigt bekommen hat, und in dem Besitze des gesammten reinen Activ-Vermögens ad 3877 fl. gewesen ist, welches erst deducto aere alieno, nämlich nach geleistetem Ersatze des befraglichen Pfandes, den Erben als Erbschaft anfallen kann.

Da nun die Beweis-Schrift de praef. 27. Sept. 1816 der Trainla B. mittels Resolution vom 28. ejusdem zur Abgabe ihrer Gegenweisung in Zeit 30 Tagen zugeschlossen, der Empfang auch von ihr am 3. Nov. 1816 richtig bestättiget, gleichwohl aber der Termin verabsäumt wurde, so muß gesetzlich angenommen werden, daß sie auf ihre Gegenweisung verzichtet und die Behauptungen so wie die Urkunden in der Weisung des Fiscus für richtig anerkannt habe, und es kann nicht mehr gesagt werden, daß sie nicht hinlänglich gehört worden, die eigentliche Beklagte und Schuldnerin nicht sey, und in den Ersatz des Versatzes nebst Zinsen nicht verurtheilt werden könne; sondern es rechtfertiget sich das erste richterliche Erkenntniß vom 17. Juni 1817 aus den angeführten Gründen, nach welchem die Präclusion mit dem Gegenbeweise und die Verurtheilung der Beklagten in die Bezahlung der Haupt- und Nebensache gegen Abzug ihres Guthabens ausgesprochen ist.

Cod. jud. cap. 9. § 11 et 12. cap. 11. § 7. Nro. 1 et 2. cap. 13. § 4. et cap. 14. § 2.

Bei diesen Umständen und aus Mangel eines von der Appellantin B. vorgebrachten erheblichen Beschwerde-Grundes mußte daher das Erkenntniß I^mae bestättiget und dieselbe in die verursachten Berufungs-Kosten verurtheilt werden.

Den 20. Mai 1818.

67.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des königl. Kron-Fiscales für den *** Kreis im Namen des ehemaligen Klosters M. gegen die Handels-Jüdin Trainla B. zu S., Ersatz eines Faust-Pfandes betreffend, zu Recht, und bestättigen das von dem kön. Appellations-Gerichte für den *** Kreis unterm 20. Mai 1818 erlassene, am 16. Juli desselben Jahres eröffnete Erkenntniß aus den dabei angeführten Entscheidungs-Gründen. Die Revidentin Trainla B. wird in 6 Thaler Succumbenz-Gelder verurtheilt.

München, den 19. Jän. 1819.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

Graf *La Rosée*, Präsident.

Secr. Fränkl.

68.

Ueber Errungenschaft.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Peter K., Kratzerbauers zu Z. und Consorten, wider Bartholomä S. in F., Erbschafts-Herausgabe betreffend, zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des Appellations-Gerichtes für den *** Kreis vom

17. Febr., publ. 6. März 1824, mit Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der dritten Instanz und Verfällung desselben in eine Succumbenz-Taxe von sechs Thalern.

Entscheidungs-Gründe.

Es ist unbestritten, daß die Ehefrau des Beklagten im Frühjahre 1823 ohne Kinder verstorben ist, und daß die Kläger als vollbürtige Geschwister derselben ihre nächsten Intestat-Erben sind, in welcher Eigenschaft sie mit der vorliegenden Erbschafts-Klage von dem Beklagten die Herausgabe der Hälfte des bei dem Ableben seiner Ehefrau vorhanden gewesenen Gesammt-Vermögens als den Nachlaß derselben fodern.

Es stehet fest, daß das bei dem Tode der Erblasserin vorhanden gewesene reine Gesammtvermögen 1371 fl. 1 kr. betragen habe; denn wenn auch das auf Antrag der Kläger gerichtlich aufgenommene Inventar, welches mit dieser Summe als reinem Vermögens-Betrage abschließt, den Partheien nicht zur Erklärung über die Richtigkeit desselben vorgelegt worden ist, so haben sich doch die Kläger bei dem auf das Ergebniß der Inventur gegründeten Erkenntnisse erster Instanz beruhigt, und der Beklagte hat die Richtigkeit dieses Ergebnisses in seiner Berufung zur zweiten Instanz zugestanden. Beide Theile stimmen darin überein, daß der Beklagte mit der Erblasserin keine Ehepacten errichtet habe. Die Erblasserin hat zwar ein Bierwirthschafts-Anwesen in die Ehe gebracht, welches sie, wie der Beklagte in der Revisionsschrift zugestanden hat, vor ihrer Verehelichung gegen Übernahme der darauf gehafteten Schulden übernommen hatte; es wurde jedoch die von dem Beklagten excipiendo vorgebrachte Behauptung, daß diese Schulden den Werth des Anwesens aufgewogen hätten, von dem Richter erster Instanz als richtig angenommen, und die Kläger haben sich hiebei beruhiget.

Die Richter der beiden vorigen Instanzen haben hienächst als actenmäßig angenommen, daß der Beklagte kein Vermögen in die Ehe gebracht habe, und zwar mit Grund. Der Beklagte hat bloß excipirt: es existire keine gemeinsame Er-

rungenschaft; er habe durch eigenen Verdienst, besonders mit dem Fuhrwerke, keineswegs aber durch die schlechte Bierwirhschaft, so viel erworben, daß er nicht nur die beträchtlichen Schulden habe heimzahlen können, sondern daß auch noch das Inventirte übrig geblieben sey. Diese Exception läßt sich nach dem ganzen Zusammenhange der Klage-Beantwortung, zumal in Vergleichung mit der Duplik, nur auf eine Errungenschaft während der Ehe beziehen. Getraute sich der Beklagte zu behaupten, daß er schon vor Eingehung der Ehe mit Fuhrwerken eine Summe Geldes erspart, und solche in die Ehe gebracht habe, so mußte er diese Behauptung mittelst einer Einrede gegen die Kläger geltend machen, und ist dadurch, daß er solches nicht gethan, dieser Einrede verlustig geworden. Das Vorbringen des Beklagten in den höhern Instanzen, seine Exception sey so zu verstehen, daß er schon vor Eingehung der Ehe so viel erworben habe, daß er die auf dem Sandschießer-Anwesen gehafteten Schulden habe abtragen können, kann daher als Versuch, eine präcludirte Einrede nachzuholen, rechtlich nicht beachtet werden.

Da hiernach angenommen werden muß, der Werth des von der Erblasserin eingebrachten Anwesens habe nach Abzug der darauf gehafteten Schulden keinen Vermögens-Überschuß gewährt, und der Beklagte habe kein Vermögen in die Ehe gebracht, so ergibt sich, daß das bei dem Tode der Erblasserin vorhanden gewesene Vermögen in dem oben erwähnten Betrage — während der Ehe errungen worden sey.

Nach den Bestimmungen des bayer. Landrechtes, welches im ehemaligen Bisthume F., nachdem dieses an Bayern gefallen war, nicht promulgirt zu werden brauchte, weil solches daselbst schon zuvor durch freiwillige Reception Gesetzeskraft erlangt hatte (Reg.-Bl. Jahrg. 1802 S. 894.) ist, wenn nicht Verträge andere Bestimmungen enthalten, die eheliche Errungenschafts-Gemeinschaft gesetzlich, und der eheliche Erwerb begreift Alles in sich, was die Eheleute von ihren Einkünften ersparen, oder durch gemeinschaftlichen Fleiß und Mitwirkung erringen, und es ist davon nur dasjenige ausge-

geschlossen, was einem Ehegatten allein schon vor der Ehe zugehörig gewesen, oder erst während der Ehe durch Erbschaft-Schankung, Vermächtniß oder sonst, ohne Zuthun und Mitwirkung des anderen Ehegatten, zugegangen ist. B. L.-R. Thl. I. Cap. 6. § 20 u. 32.

Die S.'schen Eheleute übten noch dazu eine auf dem Sandschießer-Anwesen radizirte Bierschenk-Gerechtigkeit aus, und Eheleute, welche offene Gastung oder gemeines Gewerbe und Handthierung treiben, sind im § 32. Nro. 5 u. 6. a. a. O. des b. L.-R. noch besonders als solche bezeichnet, welche bei gemeinschaftlichen Stücken gleichen Gewinn und Verlust zu tragen haben.

Der Beklagte hat nicht behauptet, daß ihm während der Ehe Vermögen angefallen sey, und seine Einreden, daß er besonders mit Fuhrwerken sich Verdienst verschafft habe, und eine Ehefrau gar Nichts habe verdienen können, weil sie beinahe den ganzen Ehestand hindurch krank gewesen sey, sind unerheblich, weil Beklagter dadurch, daß seine Frau das Sandschießer-Anwesen in die Ehe brachte, wenn auch die Schulden dem Werthe desselben gleichkamen, doch die Ansässigkeit und die Befähigung zur Treibung eines bürgerlichen Gewerbes erlangte, weil die bei dem Tode der Erblasserin vorhanden gewesenen Realitäten mit dem Erlöse jenes von beiden Eheleuten gemeinschaftlich verkauften Anwesens angeschafft worden sind, und weil ein ähnlicher Erwerb nicht wohl hätte Statt finden können, wenn die Ehefrau völlig und ununterbrochen außer Stande gewesen wäre, mit günstigem Erfolge für den gemeinschaftlichen Nutzen dem Hauswesen vorzustehen, und die Frau, wie in den Annotationen zum b. L.-R. a. a. O. § 20. Nota 2. bemerkt ist, ihres Orts genug thut, wenn sie dasjenige, was der Ehemann allein erworben, conserviren hilft. Es findet daher auf den vorliegenden Fall allerdings die Vorschrift im § 38. a. a. O. des b. L.-R. volle Anwendung, aus welcher der Richter erster Instanz seine Entscheidung genommen hat, weßhalb das diese Entscheidung bestättigende Erkenntniß zweiter Instanz oberstrichterlich zu bestättigen, und in Folge dessen der Appellant in die Kosten

der dritten Instanz und zur Entrichtung einer Succumbenz-Taxe von 6 Thalern zu verurtheilen war.

München, am 29. März 1825.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco.

Frankl.

69.

Ueber den Unterhalt eines Gutspächters während des Gutssequesters.

Seine königliche Majestät.

In dem über stehenden Erkenntnisse möchte besonders auffallend seyn, daß auf Sustentation eines Pächters während des Gutssequesters gesprochen wird — „ungeachtet er „sein Recht „nicht dedu„cirt, auch „auf irrele„vante Asserte „gestützt, und „sich auf ein „ganz unpas„sendes Gesetz „beruf. hat."

Erkennen in Sachen des Martin G. Öconomie und Bräuhaus-Pächters zu T. wider D. von A. zu B., provisorische Alimentation betreffend, zu Recht:

1) daß von A. mit seiner Beschwerde, so weit solche als Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts für den *** Kreis vom 26. Juni publ. 6. August 1835 gerichtet ist, abgewiesen werde;
2) daß dieses Erkenntniß in dem Ausspruche unter nro. I. bestättigt werde;
3) daß dasselbe in dem Ausspruche unter nro. II. theils bestättigt, theils dahin abgeändert werde, dem Martin G. sey aus den Erträgnissen der ihm verpachteten, und nun provisorisch sequestrirten Öconomie und Bräuerei des

von A. zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalt vom 5. Februar 1835 anfangend täglich ein Gulden und dreißig Kreuzer in monatlich vorauszuzahlenden Raten zu verabfolgen, und es sey hiezu der Sequester anzuweisen.

4) Die Kosten dieser Instanz werden compensirt ꝛc.

Gründe.

Ad 1. Die gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß gerichtete Beschwerdeschrift des von A. enthält außer dem Namen einer Nichtigkeitsbeschwerde und der Bitte, die Erkenntnisse der bisherigen 2 Instanzen als nichtig aufzuheben, durchaus nichts, was zur Begründung einer Nullitätsquerel dienen könnte; auch ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde das Erkenntniß IIdae als unheilbar nichtig hätte angefochten werden können, da das königl. Appellationsgericht für den ***Kreis hinsichtlich des kön. Landgerichts M., welches in erster Instanz erkannt hat, das nächst höhere Gericht ist, und der von A. selbst bei demselben durch seine Berufung rechtliches Gehör sich verschafft hat.

Ad 2. Die Appellationsbeschwerden des von A. gegen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts unter nro. 1. hiernächst sind ungegründet, denn

a) das Erkenntniß des kön. Landgerichts M. ist keineswegs wegen Mangel an Jurisdiction desselben nichtig. D. von A. hat der als Klage wider ihn behandelten Vorstellung des M. G. vom 5. Febr. 1835 die Einrede der Nichtzuständigkeit des kön. Landger. M. in der Sache entgegengesetzt; von Seite des M. G. wurde entgegnet, daß diese Einrede ungegründet sey; es wurde über solche verhandelt, und solche sodann von dem kön. Landger. M. durch das Erkenntniß, daß der Beklagte schuldig sey, sich auf die Klage einzulassen, verworfen. Den Streit der Theile darüber, ob die forideclimatorische Einrede statthaft sey oder nicht, zu verhandeln und zu entscheiden, konnte begreiflich nur das kön. Langericht M., bei dem solche vorgebracht wurden, competent seyn; weßwegen gegen das Erkenntniß auf Einlassung nach § 19. nro. 2.

des Proceßgesetzes vom 22. Juli 1819 wohl die Appellation, keineswegs aber die Nichtigkeitsquerel statt fand.

D. von A. hat auch gegen das landgerichtliche Erkenntniß auf Einlassung, und zwar unter Berufung auf die oben angeführte Gesetzesstelle in der That bloß appellirt, und lediglich um Abänderung desselben gebeten; er hat aber darüber, daß über seine Appellation als Nullitätsquerel in zweiter Instanz erkannt worden ist, eine Beschwerde an den obersten Gerichtshof nicht gebracht, sondern er hat nur die Behauptung in dem Nachtrage zu seiner Beschwerdeschrift vom 26. März 1835: er habe das landgerichtliche Erkenntniß auch wegen Mangel der Jurisdiction als nichtig angefochten, (eine Behauptung, durch welche er selbst veranlaßt hat, daß von dem kön. Appellationsgerichte seine Appellation als Nichtigkeitsquerel betrachtet worden ist,) in der vorliegenden Berufungsschrift wiederholt;

b) die der Nichtigkeitsbeschwerde gegen den zweiten die provisorische Alimentreichung an den Martin G. betreffenden Theil des landgerichtlichen Erkenntnisses, der übrigens der Bitte nicht entspricht, mit welcher die Beschwerdeschrift vom 26. März schließt, zum Grunde gelegte Behauptung des von A., daß ihm das rechtliche Gehör über den Antrag des Martin G. auf Anordnung eines Provisoriums gänzlich abgeschnitten worden sey, ist ganz unrichtig.

Dieser Antrag wurde in dem zur Verhandlung über die Imploration des Martin G. angestandenen weitern Termine in Gegenwart des Namens des v. A. erschienenen Advocaten B. gestellt, der sich als Mandatar desselben durch eine Vollmacht, („den von A. in der Streitsache wegen Alimentation zu vertreten, und alle Handlungen vorzunehmen, welche die Natur des Geschäftes und Processes mit sich bringt“,) legitimirt hatte.

Eine Generalvollmacht erstreckt sich nach jud. cod. cap. 7. § 9. nro. 2. auf alles, was der Proceß sowohl in causa con- et reconventionis directe et indirecte mit sich bringt, und legitimirt folglich den Inhaber auch zur Verhandlung über Incidentanträge des Gegners.

Ob der Mandatar des v. A. zur Abgabe einer Erinnerung auf das Gesuch um ein Provisorium, wozu ihm das Protocoll offen stand, die Ansetzung eines neuen Termines habe fodern können, um vorgängige Rücksprache mit seinem Mandanten zu nehmen, ist übrigens nicht die Frage, weil von dem kön. Adv. B. um Ansetzung eines neuen Termines nicht gebeten, sondern nur eine Verbindlichkeit seines Mandanten zur Einlassung wiederholt in Abrede gestellt, und die Klage als frivol bezeichnet worden ist, weßwegen dasjenige, was Gönner im Commentar über das Proceßgesetz vom 22. Juli 1819 in der von A. angeführten Stelle Seite 48. gesagt hat, hieher nicht paßt.

Ad 3. a) Die von D. von A. an den obersten Gerichtshof gebrachte eventuele Beschwerde, in Betreff des angeordneten Provisoriums selbst betr., welche als Appellationsadhäsions-Beschwerde an sich zuläßig ist, so geht derselbe zum Zwecke ihrer Rechtfertigung davon aus, Martin G. habe von ihm verlangt, daß er demselben wegen einer persönlichen Verbindlichkeit zu seiner und seiner Familie Alimentation aus seinem (des von A.) Vermögen Alimente reiche.

Allein die als Klage behandelte Vorstellung vom 8. Februar 1835 des Martin G., und sodann das Gesuch desselben um Anordnung eines Provisoriums sind nicht auf eine Verbindlichkeit des von A., die G.'sche Familie auch nur zeitweise aus seinem Säckel zu alimentiren, wofür allerdings weder ein Vertrag, noch ein Gesetz besteht, sondern auf ein ganz anderes Sach- und Rechtsverhältniß gegründet.

D. von A. hat gegen den Mathias G. am 3. Februar 1833 auf Räumung der demselben am 9. Juni 1832 in Pacht überlassenen Öconomie und Bräuerei zu T. auf den Grund der Behauptung geklagt, daß derselbe im Gebrauche des Pachtgutes ungebührlich sich verhalten, und den Pachtschilling nicht zur rechter Zeit entrichtet habe; er hat im Laufe dieses Rechtsstreites zur Abwendung dringender Gefahr, daß die Öconomie und Brauerei zu Grunde gehen würde, wenn G. fortwirthschafte, die Sequestration der Pachtobjecte als proviso-

rische Sicherheitsmaaßregel beantragt, und nachdem er auf die provisorische Sequestration anordnendes Erkenntniß erster Instanz erlangt gehabt hatte, hat er auch dessen Vollziehung durch Übergabe sämmtlicher Pachtgegenstände an den aufgestellten Sequester und dessen Einweisung in die Verwaltung der Öconomie und Bräuerei erwirkt.

Martin G. hat nun in der dem Sequestrationsgerichte am 5. Februar 1835 überreichten Vorstellung aus den hauptsächlich geltend gemachten Gründen, weil ihm durch seine Entsetzung aus dem Pachtgenusse alle Subsistenzmittel entzogen worden seyen, dasselbe um Festsetzung eines seinem Familienstande angemessenen Alimentations-Quantums von 2 fl. pr. Tag von der Sequestration an und darum gebeten, ihm sowohl den Rückstand von 1094 fl. als die fernern Alimente aus den Mitteln des sequesterirten Gutes auszahlen zu lassen, und im Verhandlungstermin wurde von ihm der Antrag gestellt, daß der Sequester den Befehl erhalte, von den paratesten Mitteln des Pachtgutes der G.'schen Familie bis auf weiteres 2 fl. in wochentlichen Raten praenumerando abzureichen.

Die Sequestration der Pachtobjecte wurde als vorsorgliche Maaßregel zur Conservation derselben angeordnet, weil das Gericht erster Instanz dafür erachtete, es sey eine Gefahr ihrer Deterioration nachgewiesen.

Schon aus der Natur einer bloß provisorischen Maaßregel folgt, daß durch eine solche in den zwischen den streitenden Theilen vor ihrer Anordnung bestandenen Rechtsverhältnissen nichts geändert werde; es ist aber auch, was namentlich die Sequestration betrifft, in jud. cod. cap. 8. § 7. nro. 4. ausdrücklich verordnet, daß derjenige, welcher bereits vor der Sequestration im rechlichen Inhaben des Sequestrations-Gutes gewesen ist, sein Inhaben dadurch niemals verlieren soll.

Wenn nicht, und so lange nicht rechtskräftig erkannt wird, daß Martin G. der durch den Pachtvertrag erworbenen Rechte sich verlustig gemacht habe, behält er hiemit diese Rechte; er hat folglich nach wie vor Anspruch auf die Pacht-

Erträgnisse, und die Administration der Pachtobjecte geschiehet, vorbehaltlich des Rechtes auf Ersatz des ihm durch eine rechtswidrige verhängte Sequestration etwa zugehenden Schadens für seine Rechnung, wogegen auch seine Verbindlichkeit zur Entrichtung des Pachtschillings fortdauert.

Es muß im Allgemeinen vorausgesetzt werden, daß die Erträgnisse einer zumal so großen Öconomie, wie diejenige zu T. ist, nach Entrichtung des Pachtgeldes einen Überschuß liefere, mindestens hinreichend, daß der Pächter und seine Familie anständig davon leben können, was ja der nächste Zweck der Eingehung des Pachtvertrages von Seite des Pächters ist; und die Acten besagen nicht, daß die Erträgnisse der Öconomie und Bräuerei zu T. bereits für Dritte, namentlich zum Zwecke der Befriedigung des von A. im Wege der Execution in Beschlag genommen worden seyen.

Martin Gl. hat daher ein unbestreitbares Recht zu verlangen, daß ihm aus den für seine Rechnung verwalteten Erträgnissen des Pachtgutes, eine zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalt hinreichende Summe verabfolgt werde.

Derselbe hat zwar dieses Recht in seiner Imploration nicht rechtlich deducirt, er hat solche auch auf irrelevante Asserte mitgestützt, er hat sich auf ein ganz unpassendes Gesetz berufen, und er hat das gefoderte Quantum nach dem Zwecke der Verwendung Alimente genannt. Zur Begründung derselben resp. des Antrages auf Anordnung eines Provisoriums genügt jedoch schon das einfache Factum, daß die Sequestration bloß als vorsorgliche Maaßregel zur Conservation der Pacht-Objecte während der Dauer des Rechtsstreites wegen Pachträumung angeordnet worden ist, ohne daß es auf Bescheinigung des Assertes ankommt, daß sein eigenes Vermögen in dem Pachtgute stecke, ingleichen, daß es ihm an Mitteln zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalte gänzlich mangle; und das passende Gesetz auf dieses Factum anzuwenden, gehörte zum Amte des Richters.

Da D. v. A. statt von dem ihm wegen seines Interesse bei der Imploration, in welcher auch für die vergangene

Zeit eine bedeutende Summe gefodert wurde, zugestandenen Rechte Einwendungen gegen dieselbe vorzubringen, Gebrauch zu machen, die Einrede der Incompetenz des Landgerichts M. vorschützte, obgleich das Gesuch des G. um Verabfolgung der zu seiner und seiner Familie Lebensunterhalt erfoderlichen Summe aus dem Pachtguts-Sequestrationserträgnissen nur bei dem Sequestrationsgerichte angebracht werden konnte, dadurch aber die Entscheidung über die Imploration selbst auf lange Zeit hinausgeschoben wurde, so war auch der Antrag auf eine Anordnung eines Provisoriums begründet, und es wurde daher demselben mit Recht entsprochen.

Durch das Erkenntniß erster Instanz war von A. nur in so ferne beschwert, als solches dahin lautet, daß provisorio modo aus den Erträgnissen des sequestrirten Vermögens eine Alimentation zu verabreichen sey. Denn da in der Implorationangeführt ist, unter den sequestrirten Gütern sey das Vermögen des Gl. begriffen, und da in den Entscheidungs-Gründen gesagt ist, Gl. sey durch die Sequestration der Disposition über sein Vermögen beraubt, welches notorisch in dem Pacht stecke, so ist ausgesprochen, es sey Vermögen des Gl. mit sequestrirt, obgleich diese Angabe des Gl. so weit nicht unter dem Vermögen die Gutserträgnisse verstanden sind, zur Zeit ein unbescheinigtes Assert ist.

Statt daß dieser Beschwerde des von A., der in seiner Berufung an die zweite Instanz die Richtigkeit des Assertes mit der Behauptung bestritten hat, Gl. habe keinen Heller Vermögen nach T. gebracht, durch das Erkenntniß zweiter Instanz abgeholfen wurde, ist durch dieses Erkenntniß v. A. noch mehr beschwert worden, weil durch solches das landgerichtliche Erkenntniß dahin bestättigt worden ist, daß der Beklagte dem Kläger die durch solches herabgesetzte tägliche Alimentations-Rate zu zahlen schuldig sey, was wie gezeigt, gegen das Sach- und Rechts-Verhältniß läuft.

b) Die Appellations-Beschwerde des M. Gl. ist nur in so weit gegründet, als das ihm im erstrichterlichen Erkennt-

nisse zugestandene Quantum zu 2 fl. pr. Tag in zweiter Instanz durch Herabsetzung auf die Hälfte zu sehr gemindert worden ist.

D. v. A. hat zwar gegen das gefoderte Quantum keine Einwendungen vorgebracht; dieses aber hat seinen Grund darin, daß von ihm die Verbindlichkeit, sich in der Sache vor dem kön. Landgerichte M. einzulassen, überhaupt in Abrede gestellt wurde; nachdem auf Einlassung erkannt worden ist, bleibt ihm unbenommen, nunmehr erst Einwendungen gegen die Hauptimploration vorzubringen; Gl. hat aber in seinem Provisoriums-Gesuche dasselbe Quantum gefodert, das von ihm in jener begehrt worden ist.

Um so mehr hätte es dem Gerichte erster Instanz obgelegen, von Amtswegen zu prüfen, ob der Antrag auf Anordnung eines Provisoriums auch hinsichtlich des gefoderten Quantums begründet sey; und da der von A. in seiner Berufung zu zeigen gesucht hat, daß das Quantum übermäßig sey, so war in seiner Appellationsbitte, dem Gl. mit der Foderung überhaupt abzuweisen, die eventuele Bitte, das Quantum zu ermäßigen für enthalten zu achten; die zweite Instanz war mithin allerdings befugt, das Quantum zu moderiren.

Unter den obwaltenden Umständen ist dieses auch mit Recht von derselben geschehen; denn wiewohl der Pächter einer so bedeutenden Oconomie, wie die zu T. ist, auf einen Ertragsüberschuß sollte rechnen können, der die Lebensbedürfnisse einer wohlhabenden Pächter-Familie deckt, so ist doch zu erwägen, daß Gl. bis zum Eintritte der Sequestration keinen Pachtschilling entrichtet hat, und daß derselbe der Angabe des v. A. das erste Sequestrationsjahr habe laut Sequestrations-Rechnung gar keinen Ertrags-Überschuß geliefert, nicht widersprochen hat, daß aber der redliche Pächter trachten muß, wenn die Umstände es erfodern, durch möglichste Einschränkung seiner Bedürfnisse in den Stand sich zu setzen, seine Verbindlichkeiten gegen den Verpächter zu erfüllen.

Allein die Hälfte der von dem Gl. gefoderten Summe, auf welche diese in der vorigen Instanz herabgesetzt wurde,

kann nicht für hinreichend erachtet werden, die Bedürfnisse des M. G. und seiner zahlreichen Familie auch bei der eingeschränktesten Lebensweise zu bestreiten, weßwegen 1 fl. 30 kr. pr. Tag als das den obwaltenden Verhältnissen angemessene Quantum erkannt worden ist.

Compens. expens.

München, den 20. Febr. 1836.

Frhr. v. Welden.

Frankl.

Rechtsfall XVI.

über

Litisdenunciation.

Mitgetheilt

von

Herrn Doctor K. Arends,

königl. Advokaten in Donauwörth.

Beilage XVI.

über

Zeitberechnung.

§ 1.

Martin G. von B. hatte am 9. Juni 1832 das Gut des D. v. A. zu T. auf 9 Jahre in Pacht genommen; aber schon das nächste Jahr darauf drang von A. auf Sequestration dieses Gutes, weil es von M. G. ungebührlich behandelt und kein Pachtschilling bezahlt wurde, welchem Sequestrations-Gesuche von dem Gerichte I. Instanz deferirt, von der II. und III. Instanz aber ausgesprochen wurde, daß eine Sequestration nicht statt finde, weil es an den gesetzlichen Erfodernissen hiezu mangle.

Als D. v. A. von dem Erkenntnisse letzter Instanz Kenntniß erhielt, schloß er am 9. Jänner 1836 mit seinem Sohne Karl von A. einen Kaufsvertrag unter den bei siegelmäßigen gebräuchlichen Formalitäten ab, und erklärte diesen in Folge des Kaufes als neuen Eigenthümer des Gutes T., wornach K. von A. am 30. Juni 1836 auf den Grund des bayer. L.-R. Th. IV. Cap. 6. § 17 u. 18. als Singular-Successor seines Vaters die Aufhebung des Pachtvertrages agendo verlangte.

In Folge dieser Klage brachte M. G. am 2. März (noch vor Verhandlung der Sache) an, daß, wenn er den Pacht verlassen müßte, er wegen des sehr beträchtlichen Schadens, der ihm dadurch zugehen würde, veranlaßt wäre, an dem D. v. A. (Vater) seinen Regreß zu nehmen, weßhalb er demselben den Streit verkünde.

Diese Streitsverkündung wurde dem D. v. A. insinuirt, worauf derselbe am 16. März erklärte, daß er den Streit, welchen ihm G. verkündet, allein auf sich nehmen, und allein durchführen wolle. Ungeachtet dessen verstehe es sich von selbst, daß er sich weder gegen den Kläger (seinen Sohn Karl v.

A.) noch gegen M. G. zu irgend etwas anheischig mache; daher wolle er auch kein Zugeständniß oder weiter kein Anerkenntniß über die Gränzen der ohnehin schon bestehenden Gesetze hinaus geleistet haben.

Als M. G. diese Erklärung zugeschlossen erhielt, protestirte er am 29. März 1836 dagegen, daß ihn der Litisdenunciat offenbar, wie seine Erklärung zeige, in widerrechtlicher Absicht mit seiner Vertheidigung auszuschließen suche. Er habe nichts dagegen, wenn der Litisdenunciat gegen seinen eigenen Sohn in die Schranken trete, und um sich gegen Regreßansprüche zu sichern, Einreden entgegen setzen wolle; allein er könne nie zugeben, daß ihm durch eine Finke das Recht, sich zu vertheidigen, genommen werde; denn durch die Litisdenunciation werden dem Beklagten Rechte gesichert, nicht Rechte genommen, während D. v. A. in seiner Erklärung vom 15. März seine Regreßverbindlichkeit gegen ihn (Litisdenuncianten) sogar ausdrücklich widersprochen habe. Zugleich excipirte M. G., daß er sich nicht auf den Streit einlasse, weil er in das Pachtgut auch nicht immittirt sey.

Das kön. b. Landgericht M. setzte indessen Tagsfahrt an, und resolvirte, daß die Besorgnisse des M. G. ungegründet seyen, da es in der Natur der Sache liegt, daß der Denunciat nur im Interesse des Denuncianten handeln und dessen Rechte nie vergeben könne.

Bei der Verhandlungs-Tagsfahrt gestand jedoch der Litisdenunciat D. v. A. die Klage seines Sohnes sowohl in factischer Hinsicht, als quoad jus zu, worauf das kön. Landg. M. am 30. April 1836 zu Recht erkannte:

1. Die Erklärung des Litisdenunciaten sey als eine Recusation der Streits-Verkündigung zu betrachten;
2. Der beklagte M. G. sey schuldig sich auf die Klage einzulassen.

Gründe.

D. v. A. hat seine zu T. besitzende Öconomie so wie das Bräuhaus dem M. G. auf 9 Jahre verpachtet, und von diesen sind 4 Jahre abgelaufen.

Der Verpächter hat sein Gut T., von welchem die Pacht-Objecte Bestandtheile sind, seinem Sohne Karl v. A. verkauft, und dieser verlangt die Auflösung des Pachtes wegen des dazwischen gekommenen Kaufes, und hat gegen den Pächter deshalb Klage gestellt.

Dieser glaubt für den Fall, daß er den Pacht verlassen müsse, einen Regreß an dem Verpächter nehmen zu können, und hat daher letzteren den Streit verkündet.

Der Verpächter D. v. A. hat den Streit zwar gänzlich übernommen, allein sich verwahrt, weder gegen den Kläger noch gegen den Beklagten zu irgend etwas sich anheischig zu machen, und hat hienach sich erklärt, daß er der Klage sowohl in facto als in jure geständig sey.

Es fragt sich nun, ob durch die von Seite des Litisdenunciaten nur mit Vorbehalt erfolgte Übernahme des Streites der eigentlich Beklagte von diesem Processe ganz frei wird, und wie weit ihm die Streitseinlassung des Litisdenunciaten in seinen Rechten präjudiciren kann?

Eine Streits-Verkündung hat zum Zwecke: einen Dritten, gegen welchen man einen Regreßanspruch zu haben glaubt, von dem Streite Nachricht zu ertheilen, und ihn zur Assistenzleistung aufzufodern.

Diesem Dritten steht nun frei, entweder dem Denuncianten Beistand zu leisten, oder den Rechtsstreit allein auf sich zu nehmen. Thut er das Letztere, so macht er sich verbindlich, den Kläger zufrieden zu stellen, der Denunciant dagegen tritt in diesem Processe ganz ab, und der Kläger muß sich dieses gefallen lassen, ist aber berechtigt, sich nach beendigtem Processe an seinen eigentlichen ursprünglichen Gegner immer noch zu halten.

Im gegenwärtigen Falle hat nun zwar der Litisdenunciat den Streit ganz allein auf sich genommen, hat aber sogleich erklärt, daß er durch diese Übernahme gegen keinen der streitenden Theile zu irgend etwas sich anheischig machen wolle.

Durch diesen Vorbehalt hat nun der Litisdenunciat offenbar seine Erklärung, den Streit auf sich nehmen zu wollen,

wieder zurückgenommen; denn es würde im directen Widerspruche stehen, den Streit allein führen zu wollen, aber gegen die Folgen desselben sich zu verwahren, da bekanntermassen durch die Streitseinlassung die streitenden Theile in ein Vertrags-Verhältniß treten. Wenn nun gleich auch noch später der Bevollmächtigte des Litisdenunciaten wiederholt erklärt hat, daß er den Streit allein auf sich nehme, und den eigentlichen Beklagten gänzlich ausschließen wolle, und wenn gleich der Kläger die Ausschließung des eigentlichen Beklagten von dem Proceß und die Fortführung desselben mit dem Litisdenunciaten verlangt hat, so muß in Berücksichtigung der vorliegenden Verwahrung, welche der Litisdenunciat nicht bestimmt zurückgenommen hat, die Streitsverkündung als recusirt erachtet werden.

In diesem Falle verfahrt der Denunciant in dem Streite auf Gefahr des Denunciaten, vorausgesetzt, daß er wirklich Regreß-Ansprüche an denselben rechtlich zu machen hat, und es fragt sich nur weiters, ob der Proceß gegenwärtig so weit instruirt sey, daß ein Urtheil erlassen werden könne?

Der Beklagte hat, obschon ihn der Kläger und der Litisdenunciat von dem Streite ganz ausschließen wollten, dennoch eine Exceptionshandlung eingereicht, in welcher er lediglich exceptio spolii vorschützt und die Einlassung auf den Streit verweigert hat.

Hierauf hat zwar der Kläger nichts replicirt; allein demungeachtet kann in der Sache erkannt werden, weil die vorgeschützte Einrede ohne allen Zweifel den Beklagten gegen die Einlassung auf die Klage nicht schützen kann.

Der Beklagte behauptet, er sey von Unrechts wegen aus dem Pacht gesetzt und die Sequestration angeordnet worden, und glaubt, daß dieses Spolium ihn berechtige, in allen Gegenständen, welche auf das Pachtgut Bezug haben, jede Einlassung so lange zu verweigern, bis daß das Spolium reparirt, und er wieder in den Pacht eingesetzt sey.

Abgesehen davon, daß die Sequestration inzwischen aufgehoben und der Pächter immittirt worden ist, so kann eine solche Exception in dem gegenwärtigen Processe nicht geltend

gemacht werden, weil ein Dritter, welcher mit dem Verpächter des Gutes in keinem Streitsverhältnisse steht, klagbar aufgetreten ist, und dieser Proceß mit jenem in keinem Zusammenhange steht, so daß einer von dem andern abhängig ist, vielmehr der gegenwärtige einen ganz andern Klagegrund und eine ganz andere Tendenz hat.

Da nun die Klage als begründet erscheint, weil der Beklagte notorisch Pächter desjenigen Gutes ist, welches der Kläger gekauft hat, so ist der Beklagte allerdings schuldig, sich auf die Klage einzulassen.

§ 2.

Gegen dieses Erkenntniß appellirten sowohl der Kläger als auch der Litisdenunciat und M. G.; letzterer deßhalb, weil er zur Streitseinlassung verurtheilt wurde, erstere Beide aber aus folgenden Gründen:

Es seyen hier zwei Momente zu berücksichtigen und zu unterscheiden, nämlich

a) die Streitsverkündung und

b) die Regreßnahme des Denuncianten bei dem Denunciaten.

Die Streitsverkündung stelle sich als eine vollzogene Thatsache dar, die von keiner Parthei und von keinem Richter ungeschehen gemacht werden könne; was hingegen den Regreß betreffe, so bilde derselbe schon Gegenstand eines eigenen Processes, falls G. irgend eine Schadloshaltung verlangen wolle.

D. v. A. habe den Streit unbedingt übernommen, folglich den ersten Moment definitive absolvirt, und sich rücksichtlich des zweiten Punctes bloß einfach verwahrt.

Die Gerichtsordnung habe den Fall, welcher hier existire, vorhergesehen und berathen, daher cap. 8. § 2. Nro. 10. bestimmt:

„Wofern endlich zwischen Denuncianten und Denunciaten ein Streit entsteht, ob der Letztere zur Gewährschaft oder Schadloshaltung verbunden sey, soll dieser Punct mit der Hauptsache selbst nicht vermischt, sondern erst

nach Ausgang derselben oder wenigstens besonders verhandelt, und die Acten separirt, oder da Denunciat unter ein anderes Forum gehört, jetzt gedachter Evictions- oder Indemnisationsstreit dahin verwiesen werden."

Bei diesen Verhältnissen, und da das Gesetz ausdrücklich bestimme, daß der Regreßstreit zwischen den Litisdenunciaten und Denunciaten auf die Streitsverkündung selbst keinen Einfluß habe, sondern sogar separirt behandelt werden müße, sey das erstrichterliche Erkenntniß durchaus nicht zu rechtfertigen.

Dadurch, daß D. von A. den Rechtsstreit allein auf sich genommen, habe er sich auch allen Folgen desselben unterzogen; zu diesen Folgen aber gehöre die Schadloshaltung des G. noch nicht.

Man könne bloß sagen, M. G. habe sich durch die Streitsverkündung den Weg zur Indemnisationsklage formel gebahnt, oder offen erhalten; widersinnig aber wäre es, zu behaupten, daß derselbe hiedurch schon ein materieles Recht auf Schadensersatz erworben habe, und D. von A., wenn er den Streit übernehmen wollte, verpflichtet gewesen sey, sich zur Bezahlung einer jeden Summe, die G. verlangen konnte, zu verstehen.

Beklagter sey übrigens hier D. von A., dieser habe sich längst auf die Klage eingelassen, folglich könne auf keine weitere Einlassung gesprochen werden, weßhalb sie bitten, zu erkennen, daß der Pachtvertrag als aufgelöst zu erachten sey.

Die Nebenverantwortung des G. lautete im Wesentlichen, wie folgt:

Nach den Begriffen der vaterländischen Proceßordnung sowohl, als des gemeinen Processes sey es ein entscheidendes Merkmal der Streitsverkündung, daß in Folge derselben dem Litisdenuncianten für den Fall des Unterliegens nicht nur der Regreß gegen seinen Gewährsmann vorbehalten bleibe, sondern auch, daß der Litisdenunciat verbunden sey, den Denuncianten vor Gericht zu vertreten.

Nun habe der Vater des Klägers den Streit auf sich genommen, dabei aber sonderbarer Weise erklärt, daß er eine Verbindlichkeit, den Litisdenuncianten zu vertreten, nicht anerkenne.

Eine solche Erklärung auf eine Streitsverkündung sey gewiß noch nicht vorgekommen, da Jedermann wisse, daß die Streitsverkündung den Zweck habe, die Rechte des Litisdenuncianten zu sichern. Es sey diese Erklärung nicht, wie Appellant glaubt, eine einfache Verwahrung, sondern sie sey, wie judex a quo mit Recht annehme, eine Verweigerung, den Litisdenuncianten gebührend zu vertreten, und es handle sich nicht um die Verbindlichkeit zur Gewährschaft oder Schadloshaltung, sondern um die Verbindlichkeit zur Vertretung des Litisdenuncianten, und letztere Frage gehöre allerdings zur Hauptsache.

§ 3.

Hierauf erkannte das königl. Appellationsgericht am 15. November 1836 zu Recht:

Es sey das Erkenntniß des königl. Landgerichts M. vom 30. April 1836 dahin abzuändern, daß die Litisdenunciation für recusirt nicht zu achten, vielmehr der Streit von Seite des Litisdenunciaten für unbedingt übernommen, zu erklären sey.

Gründe.

Der Pächter Martin G. hat dem Gutsverkäufer, resp. Verpächter D. von A. den Streit verkündet, und demselben dadurch es frei gestellt, den zwischen dem Karl von A. und ihm obwaltenden Streit wegen Pachtvertrages-Aufhebnng allein zu übernehmen, oder dem G. Beistand zu leisten, oder auch jede Theilnahme an diesem Processe zu verweigern.

D. von A. hat den ersten Weg erwählt, er hat den Proceß allein über sich genommen; in dessen Erklärung auf die Litisdenunciation ddo. 15. praes. 16. März 1836:

„ich erkläre, daß ich den Streit, welchen mir G. verkün-
„det hat, allein auf mich nehme, und allein durch-

„führen will. Ungeachtet dessen versteht es sich von „selbst, daß ich mich weder gegen den Hrn. Kläger, „noch auch gegen den Beklagten zu irgend etwas an„heischig mache, daher will ich auch kein Zugeständniß „oder weiter kein Anerkenntniß über die Gränzen der „ohnehin schon feststehenden Gesetze hinausgeleistet „haben“ —

will nun der erste Richter keine unbedingte Übernahme des Streites erkennen, er meint, durch den seiner Erklärung, daß er den Proceß allein übernehmen wolle, angehängten Vorbehalt habe D. von A. offenbar obige Erklärung wieder zurückgenommen, indem das alleinige Übernehmen des Processes in directem Widerspruche mit der Verwahrung gegen die Folge dieser Übernahme stünde, und hat daher ausgesprochen, daß diese Erklärung des D. von A. als eine Recusation der Streitsverkündung zu betrachten sey.

Es möchte nun scheinen, daß bei jenem Vorbehalte, jener Verwahrung, gar aller Werth der alleinigen Übernahme des Processes von Seite des Litisdenunciaten für den Litisdenunciánten verloren gehe, indem ja dieser, der seine künftig allenfallsige Regreßklage sichern will, von seinem Mitvertreter Beistand und Hilfe zu erhalten wünscht, die dieser schon im Voraus versagt, daß daher der Beklagte, wenn der Geist des Gesetzes erfaßt wurde, verletzt seyn müße, wenn die fragliche Streitsübernahme als pure geschehen betrachtet werden wollte.

Allein des der Erklärung über unbedingte Streitsübernahme nachgefolgten Vorbehalts ungeachtet, kann doch nicht gesagt werden, daß durch diese jene wieder aufgehoben oder zurückgeonmmen werde.

Der Litisdenunciat gibt dieses selbst dadurch zu erkennen, daß er kein Zugeständniß — kein Anerkenntniß — über die ohnehin schon feststehenden Gesetze hinaus geleistet haben wolle, also daß er die Verbindlichkeiten, die eine solche unbedingte Übernahme eines Processes nach dem Gesetze ihm auflege, erfüllen wolle, und es kann dasjenige, was er davon einfließen ließ, daß er nämlich weder gegen den Kläger

noch gegen den Beklagten zu irgend etwas sich anheischig macht, lediglich pro non adjecto angesehen werden.

Es kann daher nicht, wie Judex I^mae that, die bemerktermassen keineswegs undeutliche Erklärung des Litisdenunciaten als eine Recusation der Streitsverkündung angesehen, vielmehr muß abändernd das Gegentheil ausgesprochen werden, jedoch dem Richter erster Instanz der Ausspruch über die Folgen der unbedingten Übernahme des Streites überlassen bleiben.

In so ferne nun aber hiedurch der Beklagte resp. Litisdenunciant gänzlich aus dem Streite getreten ist, so ist auch seine Adhäsionsbeschwerde abgefertigt.

Mit der von D. von A. erfolgten alleinigen Übernahme des Streits hat jener die Befugniß verloren, in dem gegenwärtigen Processe irgend eine Handlung mehr vorzunehmen, und kann somit auch nicht adhaerendo auftreten.

§ 4.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen sowohl D. und Karl von A. als auch Martin G. die Revision und zwar die ersteren, weil die Acten zum definitiven Erkenntnisse offenbar reif gewesen seyen, und deßhalb solches auch von der II. Instanz ihrem Appellationsantrage entsprechend, oder dahin hätte erlassen werden sollen, daß der Pachtvertrag aufgelöst sey; denn die Acten enthielten keinen Vorstreit, in welchem von dem Beklagten dilatorische Einreden vorgebracht und die Streitseinlassung verweigert worden sey, sondern es habe sich der Beklagte wirklich auf die Klage eingelassen, und solche sogar affirmativ beantwortet, weßwegen der Richter definitive hätte sprechen sollen. Ferner sey nirgends bestimmt, daß in einem Falle der concreten Art der Richter II. Instanz nicht gleich dasjenige aussprechen dürfe, was nach Lage der Acten erkannt werden soll; wohl aber liege es in der Natur der Sache und im Geiste des Gesetzes, den Proceßgang abzukürzen, und die Vervielfältigung der richterlichen Urtheile zu vermeiden.

Sie stellten dasselbe Petitum wie in der Appellation. Martin G. bezog sich in seiner Revision im Wesentlichen auf seine Nebenverantwortung zur II. Instanz, und bemerkte noch zur Widerlegung des Erkenntnisses II^dae, daß selbst nach den dießfallsigen Erkenntniß-Gründen gemäß der Erklärung, wie sie der Litisdenunciat gegeben habe, die Übernahme des Streites von Seite desselben diejenigen rechtlichen Folgen nicht zu haben scheine, welche in der Natur der Streitsverkündung liegen.

Dieß scheine aber nicht bloß so, sondern es sey wirklich so.

Indem er den Streit verkündet, habe er nur die Absicht haben können, daß der Litisdenunciat ihn wegen der verlangten Räumung des Pachtgutes gegenüber dem Kläger vertrete, daß dieser somit diejenigen Einreden gegen die Klage, welche ihm Litisdenuncianten selbst zuständen, zu seinem Schutze vorbringe.

Nun habe aber der Litisdenunciat geradezu erklärt, daß er gegen die Klage keine Einwendungen machen, sondern dieselbe einräumen wolle, und hierin liege doch gewiß nicht die in der Eingabe vom 15. März 1836 zugesicherte Durchführung des Processes.

Judex a quo glaube zwar, daß der Richter I^mae noch darüber zu entscheiden habe, welche Folgen die unbedingte Übernahme des Streites von Seite des Litisdenunciaten für den Litisdenuncianten habe; allein nachdem die Klage von dem Ersteren eingeräumt worden, so sey ja dem Streite ohnehin schon ein Ende gemacht.

Er bat um Herstellung des Erkenntnisses I. Instanz in dieser Beziehung.

Weiters revidirte M. G. auch deßhalb, weil seine Adhäsion lediglich im allgemeinen als unstatthaft abgefertigt wurde.

§ 5.

Hierauf erkannte das kön. Oberappellationsgericht am 26. August 1837 zu Recht:

I. daß es bei dem Erkenntnisse des kön. Landgerichts M. vom 30. April 1836 in dem Ausspruche unter nro. 1. belassen werde,

II. daß das kön. Appellationsgericht über die Appellations-Adhäsion des M. G. bezüglich des Ausspruches unter nro. 2. im erstrichterlichen Erkenntnisse und im bezüglichen Kostenpuncte nachträglich rechtlich zu erkennen habe.

Gründe.

Ad 1. Nachdem dem D. von A. von dem G. seinem Pächter der Öconomie und Bräuerei zu T. aus Anlaß der wider diesen von dem K. von A. als Käufer des adelichen Gutes T. auf Auflösung des Pachtvertrages erhobenen Klage, des an ihn auf den Fall des Unterliegens im Streite zu nehmenden Regresses wegen der Streit verkündet worden war, stand ihm nach cod. jud. cap. 8. § 2. nro. 3. frei, ob er den Litisdenuncianten nur beistandsweise im Streite assistiren, oder solchen gänzlich auf sich nehmen, und ohne Beiziehung desselben ausführen wolle.

D. von A. hat, gerichtlich aufgefodert, zu erklären, ob er das eine oder das andere thun wolle, durch die in der Eingabe de praes. 16. März 1836 abgegebene Erklärung, daß er den Streit, welchen ihm G. erklärt habe, allein auf sich nehmen, und allein durchführen wolle, solchen für sich allein betrachtet nach ihrem Wortverstande allerdings von den beiden ihm gesetzlich zur Wahl frei geglassenen Alternativen bestimmt und unbedingt die zweite gewählt.

Damit durch eine von dem Richter nach Vorschrift des Gesetzes gefoderte Erklärung dem Gesetze entsprochen werde, muß solche aber in dem gesetzlichen Sinne und zu dem Zwecke abgegeben werden, den das Gesetz dadurch bezielt.

Im cod. jud. cap. 8. § 2. nro. 1. ist in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des gemeinen Processes, als Zweck der Streitsverkündung ausdrücklich Vertretung des Litisdenuncianten bei Gericht von Seite des Litisdenunciaten angegeben.

Die Vertretung des Denuncianten im Streite kann der Denunciat nach der zuerst angeführten Gesetzesstelle auf zweifache Weise bethätigen, entweder dadurch, daß er dem Denuncianten nur beistandsweise im Streite assistirt, oder was durch das Wörtchen „nur" ausgedrückt ist, daß er sich zu mehr versteht, als der Denunciant von ihm verlangen kann, nämlich, daß er den Streit auf sich nimmt, und ohne dessen Beiziehung ausführt, mithin denselben gänzlich vertritt, und an dessen Statt die Sache allein gegen den Kläger ausfocht.

In beiden Fällen muß er jedoch nach jud. cod. am allegirten Orte Nro. 4. bei dem nämlichen Gerichte die Sache allezeit in dem Stande, worin sie sich zur Zeit der Litisdenunciation befindet, annehmen, weil er, wie in den Anmerkungen zu dieser Stelle des jud cod. unter lit. c. als Grund angegeben ist, mehr ex persona denunciantis quam sua considerirt wird.

Erklärt der Litisdenunciat, daß er dem Litisdenuncianten nur beistandsweise im Streite assistiren wolle, so kann er dieses thun, ohne auf den Fall, daß der Proceß verloren werden soll, eine Verbindlichkeit zur Schadloshaltung des Denuncianten anzuerkennen.

Erklärt der Denunciat dagegen, daß er den Streit gänzlich auf sich nehme und ohne Beiziehung des Denuncianten ausführen wolle, so setzt dieses von seiner Seite ein Anerkenntniß der Verbindlichkeit, den Denuncianten im Falle des Verlurstes des Processes zu entschädigen, woraus, weil durch die gänzliche Übernahme des Streites von Seite des Denunciaten dem Kläger das Recht nicht benommen wird, die Vollstreckung eines obsieglichen Urtheiles gegen den ursprünglichen Beklagten und Denuncianten nachzusuchen, das Gesetz daher die Auslegung nicht zuläßt, daß dieser einer Nichtanerkennung der Regreß-Verbindlichkeit von Seite des Denunciaten unerachtet, sich gefallen zu lassen habe, daß der letztere ohne seine Beiziehung den Streit ausführe.

Nun hat aber D. v. A. nicht nur seiner Erklärung, daß er den Streit allein auf sich nehme, und allein durchführen wolle, schon beigefügt, „es versteht sich ungeachtet dessen von

selbst, daß er sich weder gegen den Kläger noch gegen den Beklagten zu irgend etwas anheischig mache, daher auch kein Zugeständniß oder weiter kein Anerkenntniß über die Gränzen der ohnehin schon feststehenden Gesetze hinausgeleistet haben wolle," sondern derselbe hat sodann auch durch seine Handlungsweise in dem am 7. Apr. 1836 zur Verhandlung über die Klage angestandenen Termine zu Tage gelegt, daß er keineswegs gemeint gewesen sey, durch seine Erklärung die Vertretung des Beklagten und Litisdenuncianten gegen den Kläger zu bezwecken, indem er dieser Verbindlichkeit des Denunciaten, der mehr ex persona denunciantis quam sua, folglich mehr als Procurator des Beklagten und Denunzianten zu betrachten ist, entgegen, durch seinen Bevollmächtigten die Klage nicht nur ohne weiters hat einräumen lassen, sondern sogar als Gegner gegen den Beklagten und Litisdenunzianten aufgetreten ist, indem er die Klaggründe wiederholend mit zu den seinigen und mit dem Kläger gemeinschaftliche Sache hat machen lassen, und in der Appellationsinstanz sodann selbst mit demselben gemeinschaftliche Sache gemacht hat.

Indem dieses von D. v. A. geschehen ist, hat derselbe durch die That selbst eine Vertretung des Litisdenuncianten nicht bloß abgelehnt, sondern er hat sogar die, solche Vertretung gesetzlich bezweckende Litisdenunciation als Mittel zu benützen gesucht, dem Beklagten jede Vertheidigung gegen die Klage abzuschneiden, und sofort ein verurtheilendes Erkenntniß, vielmehr ohne weiters executive Einschreitungen gegen denselben herbeizuführen.

Seine Erklärung auf die ihm von Seite des M. Gl. geschehene Litisdenunciation ist mithin einer Verweigerung der Vertretung desselben im Streite gleich zu achten.

So ist der Ausspruch I^mae Nro. 1. zu verstehen, und es ist, weil solcher nicht anders verstanden werden kann, nicht von Erheblichkeit, daß der Richter I^mae sich nicht ganz passend ausgedrückt hat.

Die Behauptung des D. v. A. in der vorigen Instanz, daß das Decret vom 4. April 1836, wodurch M. G. mit sei-

ner Protestation in der Eingabe de praes. 1. April 1836 gegen seine Ausschließung vom Streite zurückgewiesen worden, rechtskräftig geworden sey, weil sich G. dagegen bei der ersten Gelegenheit nicht verwahrt habe, ist unrichtig. Abgesehen davon, daß das Decret dasjenige nicht besagt, was von A. hineinlegen will, wurde dem G. darin bemerkt, daß seine Besorgniß ungegründet erscheine, da es in der Natur der Sache liege, daß der Denunciat nur im Interesse des Denuncianten handle und dessen Rechte nie vergeben könne.

Unter dieser im Decrete ausgedrückten Voraussetzung hatte G. gar nicht Ursache, sich gegen dasselbe zu verwahren; als jedoch in dem schon drei Tage nach Erlassung des Decrets angestandenem Termine die Handlungsweise des Litisdenunciaten dieser Voraussetzung nicht entsprach, beharrte G. sofort bei dem Inhalte seiner Eingabe de praes. 1. Apr. 1836, und protestirte gegen seine Ausschließung von der Verhandlung.

Die Beschwerde des M. G., daß der vorige Richter statt den erstrichterlichen Ausspruch unter Nro. 1. zu bestättigen, abändernd erkannt hat, daß die Litisdenunciation für recusirt nicht zu achten, vielmehr der Streit von Seite des Litisdenunziaten für unbedingt übernommen zu erklären sey, ist demnach vollkommen gegründet.

Hieraus folgt von selbst, daß der Revisionsbitte des D. u. K. A., durchgängig nach dem Appellationsantrage vom 12. Mai 1836 oberstrichterlich zu erkennen, nicht stattgegeben werden konnte, daß im Gegentheile es bei dem erstrichterlichen Erkenntnisse im Ausspruche sub Nro. 1. oberstrichterlich belassen werden mußte.

Ad 2) Auch die weitere Revisionsbeschwerde des M. G., daß durch das Erkenntniß II^dae seine gegen das erstrichterliche Erkenntniß in dem Ausspruche unter Nro. 2. gerichtete Appellations-Adhäsions-Beschwerde implicite und zwar aus dem Grunde abgewiesen worden ist, weil er in Folge der Übernahme des Streites von Seite des Litisdenunciaten gänzlich aus dem Streite getreten sey, somit die Befugniß verloren habe, irgend eine Handlung in der Sache mehr vorzunehmen, ist gerechtfertiget.

Denn da von Seite des Litisdenunciaten eine Übernahme des Streites im gesetzlichen Sinne nicht Statt gefunden, der Beklagte daher das Recht, sich gegen die Klage zu vertheidigen, ungeschmälert behalten hat, so steht ihm auch die Befugniß zu appelliren, und folglich auch diejenige, der Appellation des Gegners zu adhäriren unstreitig zu.

Über seine Appellations-Adhäsion kann jedoch nicht mit Übergehung der zweiten Instanz sofort in letzter Instanz erkannt werden, weßwegen das kön. Appellations-Gericht anzuweisen war, über solche nachträglich zu erkennen.

I.

A. klagt den B. pcto. debiti; B. verweigert die Streits-Einlassung, excipirt jedoch eventuel, und erhebt zugleich Reconvention. Das Untergericht verwirft die Streits-Verweigerung, und interloquirt in con- et reconventione. B. appellirt deßhalb, und das Obergericht erkennt: Beklagter sey nicht schuldig, sich auf den Streit einzulassen, in reconventione aber habe derselbe zu beweisen .... Summa revisib. war nicht vorhanden; dem B. blieb nichts anderes übrig, (um nicht des Vortheils der Streitsentbindung wieder verlurstig zu werden), als zu erklären, daß er auf die Wohlthat dieses Simultanprocesses verzichte, und seine Reconventfoderung in separato verfolgen werde.

II.

C. wird auf rückständige Fristen geklagt, und in appellatorio dahin entschieden, daß Klägerin die eingeklagten Ausstandsfristen zu beweisen habe, in eventum aber, daß der Beklagte schuldig sey, Zahlung zu leisten.

III.

In Folge der neuen Eintheilung des Königreiches geht die Vormundschaft über D. an das Kreisgericht E. über, welch letzteres in loco judicii einen neuen Vormund aufstellt. Der frühere Vormund F. verweigert die Abgabe der Vormundschaft, und beschwert sich über die dießfalls gemachten Auf-

träge. Das Appellations-Gericht erläßt ein Erkenntniß, daß das Kreis-Gericht E. über die Weigerungsgründe des Vormundes F. förmlich zu entscheiden habe, und über die Veränderung in der Person des Vormundes auch der Mindel zu vernehmen sey.

Der neuernannte Vormund G. zeigt den Fall dem Justiz-Ministerium an, um zu verhüten, daß ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht in einen schleppenden Rechtsstreit ausarte; das kön. Ministerium erklärt sich aber — (einer frühern gleichen Entscheidung v. Nov. z. G.-O. Bd. IV. S. 103.) — conträr in dieser Sache für incompetent — und bis nun durch alle Instanzen entschieden ist, ob die neue Vormundschafts-Behörde befugt ist, einen neuen Vormund aufzustellen, wird der Mindel wahrscheinlich volljährig.

Rechtsfall XVII.

Cultur- und Servituten-Streit.

Mitgetheilt

von

Herrn Doctor Mündler,

königl. Advokaten zu Pfaffenhofen.

§ 1.

Die Gemeinde Ellgau, gräfl. Fuggerschen Untergerichts Oberndorf besaß einen 100 Jauchert großen Gemeinde-Weide-Platz, der Ellgauer Letten genannt, auf welchem die Gemeinde Münster k. Landgerichts Rain ein Weide-Recht hatte, und den die erstere zu cultiviren wünschte, wogegen sich jedoch die Gemeinde Münster widersetzte.

Nachdem über die Sache bei der Culturs-Instanz, dem k. Landgerichte Rain, verhandelt worden war, erließ diese am 26. August 1820 den

Beschluß,

daß die Gemeinde Ellgau mit ihrem Culturs-Gesuche unter dem Bemerken abzuweisen sey, daß sie nach Verfluß von 6 Jahren ihren Antrag auf die Theilung erneuern könne, und führte hiefür folgende

Gründe

an.

Nach der Mehrheit der Stimmen der Sachverständigen sey der befragliche Platz, der größtentheils aus Sand und Gries besteht, und wovon deßhalb nur der dritte Theil zur Cultur sich eigne, für die Gemeinde Münster zur Weide aus mehrern Gründen unentbehrlich.

Die Gemeinde Münster habe nämlich einen großen und bedeutenden Ackerbau, aber fast keine Wiesen; sie halte daher ohnehin nicht mehr Vieh als zum Betriebe des Feldbaues unumgänglich nothwendig sey.

Diese Gemeinde bedürfe zum Unterhalt ihres zum Wirthschaftsbetrieb erfoderlichen Viehes, bestehend aus 77 Pferden und 560 Stück Hornvieh, welches ohne Nachtheil für den Ackerbau nicht vermindert werden dürfe, sehr beträchtliche Weidenschaften.

Der Entgang von 100 Jauchert Weideboden wäre jedenfalls zu bedeutend, und könne nicht ohne nachtheiligen Einfluß auf den Viehstand entbehrt werden.

Wenn auch die Gemeinde Münster viele Weidenschaften besitze, so habe sie doch nicht mehr, als der Bedarf erfodere, indem sie alle ihre Weidenschaften nicht einmal benützen könne, da selbe, als am Lech gelegen, dem Austreten dieses Flusses ausgesetzt seyen, wobei bedeutende Strecken überschüttet und auf längere Zeit unbrauchbar würden.

Die Gemeinde Münster habe ferner keinen Blumbesuch auf ihren Feldern, weil den kön. Schäfereien zu Sulz und Hemerten auf den besagten Feldern das Recht der Schafweide zustehe; endlich würde durch die beantragte Abtheilung der Gemeinde Münster auch die Weide auf dem schwäbischen Weidenletten und die Benutzung der Fischerwiesen, der Brunnswiese, dann des Baumeisterholzes benommen werden, weil dahin gerade nur über den zur Vertheilung vorgeschlagenen Weideplatz getrieben werden könne.

Aus diesen Motiven sey das Gutachten der Mehrheit der Sachverständigen gegen die Zulässigkeit der Theilung ausgefallen, und es müßte daher nach der allerhöchsten Verordnung vom 11. Mai 1814 Art. IV. und V. (Reggsbl. 1814 S. 1105) die Gemeinde Ellgau mit ihrem Theilungsgesuche zurückgewiesen werden.

§ 2.

Hiegegen wendete diese im Wege der

Berufung

unter anderm Nachstehendes ein.

Aus dem Beschluße des kön. Landgerichts Rain erhelle offenbar, daß diese Gerichtsbehörde eine ganz irrige Ansicht

von dem vorliegenden Geschäfte habe, und daß diese Behörde, indem sie die neueste allerhöchste Verordnung vom 11. Mai 1814 „die Prüfung der Nützlichkeit der Gemeindetheilungen durch Sachverständige betreffend“ vor Augen gehabt, die frühern Verordnungen über Cultivirung öder Gründe und Reinigung der Wälder von allen der Cultur schädlichen Servituten ganz und gar ignorirt habe, welche allerhöchsten Verordnungen aber keineswegs aufgehoben seyen, und daher nicht hätten übergangen werden sollen.

Das Rechtsverhältniß der Gemeinde Ellgau zu der Gemeinde Münster in Betreff der abzutheilenden Parcelle stehe fest, und sey noch zu keiner Zeit bestritten worden.

Der Ellgauer Letten gehöre nämlich eigenthümlich der Gemeinde Ellgau, und die Gemeinde Münster habe hierauf nur den Weidgang auszuüben.

Es sey demnach auch schon entschieden, daß von einer Gemeinheitstheilung zwischen Münster und Ellgau keine Rede seyn könne, indem diese nur unter den Mitgliedern der letztern Gemeinde allein stattfinden könne.

Hiemit falle also die Anwendung der von dem kön. Landgerichte angezogenen Verordnung vom 14. Mai 1814 von selbst weg, indem diese nur die Verfügung enthalte, daß, um den nachtheiligen Folgen der Gemeinheitstheilungen für die Viehzucht vorzubeugen, künftig über jeden Antrag auf eine solche Abtheilung vorerst das Gutachten unpartheiischer Sachverständiger eingeholt werden solle.

Diese Verordnung setze einen Widerspruch unter den Theilnehmern selbst voraus, daher die Erholung des Gutachtens hinwegfalle, wenn alle Theilnehmer über die Vornahme der Theilung einig seyen.

Da nun aber hier lediglich von der Purification des Letten-Holzes, und von dem schädlichen Weiderechte eines Dritten die Rede sey, so kämen hier auch ganz andere Verordnungen zur Anwendung.

Unter diesen stehe das Culturs-Mandat vom Jahre 1803 oben an, vermöge dessen sämmtliche Gerichtsstellen angewiesen seyen, den Landwirth, der sein Eigenthum besser benützen

wolle, allzeit gegen die gemeinverderbliche, nur von der Barbarei herstammende Weidenschaft mit allem Nachdrucke zu schützen.

(Reggsbl. 1803 S. 16.)

Ferner sage die allerhöchste Verordnung vom 18. Jänner 1805: Weidenschaften in Wäldern sollen den Waldeigenthümer in der freien Disposition und Benützung nicht hindern, und bei ihrer gänzlichen Entfernung nur alsdann einen Entschädigungs-Anspruch, nicht aber auf Grund und Boden, begründen können, wenn sie nach dem Culturs-Mandate vom 26. Mai 1775 nicht auf bloßem Herkommen, Präscription und darauf gegründetem Titel, sondern auf ausdrücklicher, specieler Concession oder Verträgen mit dem Waldeigenthümer beruhen.

(Reggsbl. 1805 S. 130. § 5.)

Die hierüber erfolgte allerhöchste Erläuterung vom 15. März 1808 bestättigte diese Verordnung mit dem Beisatze, „daß auch in Privat-Waldungen schädliche Weiden ohne Unterschied des Titels und ohne Entschädigung weichen müssen“ — und gestehe den Servitutsberechtigten nur dann eine billige Entschädigung zu, wenn die Weide unschädlich ausgeübt worden sey.

(Reggsbl. 1808 p. 677. ꝛc.)

Diese allerhöchsten Verordnungen sprächen dem Verlangen der Gemeinde Ellgau, ihr Gemeindeholz von dem schädlichen Weiderechte der Gemeinde Münster zu reinigen, durchgehends das Wort, und da die letztere Gemeinde sich nicht gutwillig zu einer Ausgleichung hierüber verstehen wolle, so wäre es nun Sache des kön. Landgerichts gewesen, nach Vorschrift der alleg. Verordnungen das gerichtliche Verfahren hierüber einzuleiten, und insbesondere das Quantum der für die Gemeinde Münster treffenden Entschädigung durch Kunstverständige ausmitteln zu lassen.

Die Gründe, welche demnach das k. Landg. Rain seinem Beschlusse unterstellt habe, paßten auf den vorliegenden Fall gar nicht, und es genügte zur Widerlegung derselben anzuführen, daß die Gemeinde Ellgau Eigenthümerin des Ellgauer

Lettenholzes sey, daß ihr in dieser Eigenschaft durch die Cultursgesetze das Recht zustehe, auf Abstellung der schädlichen Weide zu dringen, weßwegen sie bitte:

dem kön. Landgerichte Rain den Auftrag zu ertheilen, daß selbes das Purificationsgeschäft zwischen beiden Gemeinden ungesäumt vorschriftmäßig einleite, und der Gemeinde Münster also gleich allen mit der Forst-Cultur unverträglichen Mißbrauch der Waldweide strengstens untersage.

§ 3.

Die kön. Regierung erkannte hieranf (am 22. December 1822), daß der zu vertheilende Griesholzboden, (Lette) seiner Lage und seinem Bestande nach nur als Weidboden, in keinem Falle aber als Wald angesprochen werden könne, daß also schon in so ferne die Anwendung der allerhöchsten Verordnung vom 11. Mai 1814 hier statt habe — daß überdieß laut Protocolls vom 3. September 1819 beide Gemeinden die gerichtliche Übereinkunft getroffen hätten, sich nach der vorangezogenen allerhöchsten Verordnung dem Schiedsrichteramte der Sachverständigen, und der hierauf gebauten gerichtlichen Verbescheidung zu unterwerfen — in Erwägung ferner daß, da das Gutachten der Sachverständigen nach der Mehrheit gegen die Zuläßigkeit der Theilung ausgefallen, der abweisliche Beschluß des kön. Landger. v. 26. April l. Js. durch die gesetzlichen Bestimmungen vollkommen gerechtfertigt sey, und daß endlich der art. IV. der obbesagten allerhöchsten Verordnung, (Reggsbl. 1814 St. 41. S. 1109.) bestimme, daß gegen den vorliegenden abweislichen Beschluß keine Berufung an eine höhere Behörde statt finden dürfe — die recurrirende Gemeinde Ellgau mit ihrem ungegründeten und frivolen Recurse lediglich abzuweisen, und unter Verurtheilung in alle Kosten auf die allerhöchste Verordnung vom 11. Mai 1814 zurückgewiesen sey.

§ 4.

Die Gemeinde Ellgau ließ sich aber durch diesen Beschluß nicht schrecken, sondern wendete sich an den kön. Staatsrath, und führte als wesentlichste Motive ihrer

Revision folgende an.

Sie besitze jenseits des Lechs in der Nachbarschaft der Gemeinde Münster ungefähr 100 Jauchert Holzgrund, der Ellgauer Letten genannt, worauf die Gemeinde Münster vermöge älterer Verträge gegen eine äußerst geringe Recognition, welche in dem Vertrage ddo. München den 26. März 1686 festgesetzt worden, das Weiderecht ausüben dürfe, und dasselbe bis jetzt auch wirklich bis zu den gröbsten Excessen ausgeübt habe.

Wer nun aber eine Servitut auf einem Eigenthume ausübe, sey darum noch keineswegs Miteigenthümer; um so minder könne demnach im vorliegenden Falle eine Gemeinheitstheilung angenommen werden, von welcher in der, von dem kön. Landgerichte sowohl, als von der kön. Regierung angezogenen Verordnung vom 11. Mai 1814 doch allein die Rede sey.

Zwar habe man besonders in dem Erkenntnisse der kön. Regierung der Sache dadurch eine andere Wendung zu geben versucht, daß man dem Ellgauer-Letten seine ursprüngliche Bestimmung als Holzboden abgesprochen, und denselben zu einem gemeinen Weideboden herabwürdigen wolle.

Daß aber dieser Grund stets fort mit Holz bewachsen gewesen sey, und zu einer Gemeindewaldung gedient habe, gehe nicht nur aus den frühern Verträgen bestimmt hervor, sondern es sey sogar selbst von den Sachverständigen in dem vorliegenden Augenscheinsprotocolle ausdrücklich bemerkt worden, daß auf dem Grunde abgefretzte Limpfe wahrgenommen wurden, was unumstößlichen Beweis liefere, daß junges Holz zum Nachwuchs des Waldes genug vorhanden wäre, wenn eine gute Forstpolicei im kön. Landgerichte Rain die frevelhaften Excesse der Waldweide hätte beschränken wollen.

Die Eigenschaft eines, wenn gleich durch Excesse aller Art mißhandelten Waldbodens lasse sich daher dem Ellgauer-Letten nicht absprechen.

Da nun nach der Verordnung vom 11. Mai 1814 die hierin enthaltenen Bestimmungen über die Prüfung der Nützlichkeit der Gemeinheitstheilungen durch Sachverständige nach art. 1. § 3. weder auf Gemeindes-Waldtheilungen, noch auf bereits fructificirte Gründe anwendbar seyen, und da hier überhaupt von einer Gemeinheits-Theilung gar nicht die Rede seyn könne, so fließe es von sich selbst, daß die allerhöchste Verordnung vom 11. Mai 1814 auf diesen Fall ganz und gar keine Anwendung finden könne.

Sie bat daher:

die Entschließungen der beiden vorgehenden Instanzen aufzuheben, und dagegen dem kön. Landgerichte Rain den Auftrag zu ertheilen, daß selbes das Forst-Purificationsgeschäft zwischen beiden Gemeinden vorschriftmäßig einzuleiten, und der Gemeinde Münster sogleich allen mit der Forst-Cultur unverträglichen Mißbrauch der Wald-Weide strengstens zu untersagen habe.

§ 5.

Contrair den beiden vorhergehenden Entscheidungen sprach sub dato 31. October 1822 der kön. Staatsrath aus:

daß der Antrag der Gemeinde Ellgau ihren eigenthümlichen Grund, Ellgauer-Letten genannt, von dem der Gemeinde Münster zustehenden Weiderechte, gegen billige Entschädigung zu reinigen, nach den Cultursgesetzen allerdings statt finde, sofort das Landger. Rain das zu diesem Zwecke Erfoderliche vorschriftmäßig einzuleiten, und von erster Instanz wegen zu erledigen habe.

Die Streitskosten sämmtlicher Instanzen wurden compensirt.

§ 6.

Unterm 10. April 1823 bat hierauf die Gemeinde Ellgau auf den Grund der Staatraths-Entschließung eine Tagsfahrt zur Instruirung ihres Gesuches um Reinigung des Griesbodens von dem der Gemeinde Münster zustehenden

Weiderechte auzuberaumen, und zugleich der Gemeinde Münster den Auftrag zu ertheilen, daß sich dieselbe bis zum Austrage der Sache des Viehtriebes auf dem Ellgauer-Letten zu enthalten habe.

§ 7.

Die erbetene Commission wurde verfügt, von der Gemeinde Münster aber folgende Remonstration eingereicht.

Es ist zwar der Gemeinde Ellgau zur Cultivirung des Ellgauer-Letten durch den kön. Staatsrath als höchster Instanz in Culturs- und Administrativ-Gegenständen die Erlaubniß ertheilt worden, allein dennoch können wir uns diesem Vorhaben noch nicht unterwerfen, sondern müssen, unbeschadet unserer hohen Achtung und Ehrfurcht vor den Behörden und Stellen, welche in dieser Sache schon abgeurtheilt haben, das ganze bisherige Verfahren aller Instanzen ob defectum citationis et jurisdictionis als null und nichtig anfechten und bitten, die Gemeinde Ellgau, wenn sie auf ihrer Foderung beharrt, zur förmlichen Verhandlung im Civilrechtswege zu verweisen.

Dieser Antrag rechtfertigt sich durch folgende Darstellung der Verhältnisse.

Der vorliegende Gegenstand wurde bisher als eine Cultursache behandelt, und von den Cultursbehörden im Administrativ-Instanzen-Zuge entschieden; allein hiezu ist die Sache durchaus nicht geeignet, wenn es sich darum handelt, daß wir — durch feierliche Verträge und gerichtliche Vergleiche auf ewig und unwiderruflich erworbene Rechte mit einem Male verlieren, und uns blos mit einer Entschädigung begnügen sollen.

Eine Sache eignet sich nur dann zur Entscheidung durch die Cultursbehörden, wenn es sich blos um die Art und Weise der Cultivirung handelt, und der Rechtszustand außer allem Zweifel ist; allein sobald die Sprache von dem meum et tuum ist, sobald Jemand wider seinen Willen

Eignet sich eine Sache nur dann zur Entscheidung der Cultursbehörden, wenn es sich blos um die

wohlerworbene Rechte verlieren soll, dann schließt sich der Wirkungskreis der Culturs-behörde, und der Gegenstand eignet sich vor den Civilrichter.

Art und Weise der Cultivirung handelt, u. nicht auch, weñ es sich um Entfernung des Weiderechts handelt?

Wo das strenge Recht und die Cultur miteinander in Collision kommen, hat letztere zu weichen, und dem Rechte den Vorrang zu lassen.

Dieser Fall ist hier existent.

Der Vertrag vom 21. März 1597, auf das neue bestätigt durch den — unter Garantie der Staatsbehörden am 28. März 1686 abgeschlossenen Vergleich, sichert der Gemeinde Münster das Weiderecht auf der Ellgauer-Gemeindewaldung auf ewige Zeiten zu. Die Gemeinde hat also ein jus quaesitum auf die fortwährende Ausübung der Weide-Servitut.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen des Cod. civ. P. II. cap. 7. § 6. nro. 5. et in not. nro. 3. darf kein Besitzer des dienstbaren Gutes mit demselben solche Veränderungen vornehmen, wodurch dem zur Servitut Berechtigten sein Recht ganz oder zum Theil genommen, geschmälert oder erschwert wird.

Insbesondere darf keiner seine Wiesen oder Weidung, worauf der andere das Weide- oder Beholzungsrecht hat, einfangen, umreißen, ackermäßig machen, oder in einen Weiher verwandeln.

So spricht das bayerische Landrecht, welches noch bis zur Stunde gesetzlich gilt, und durch kein späteres Gesetz, am wenigsten durch ein Culturs-Mandat aufgehoben wurde.

Da nun ohne förmliche Klage und Vernehmung des Beklagten, ohne rechtsförmlichen Richterspruch, und zwar durch den competenten Richter, Niemandem wider Willen wohlerworbene Rechte entzogen werden können, so ist es klar, daß wir unser Weiderecht so lange nicht zurücklassen können, als uns solches durch keinen rechtskräftigen Richterspruch aberkannt wurde.

Die Gemeinde Ellgau hat die Thätigkeit eines kön. Landgerichts bloß als Culturbehörde in Anspruch genommen, und deßwegen hat selbes auch ganz richtig als Cultursbe-

hörde erkannt, und ebenso haben auch die höhern Instanzen in dieser Eigenschaft entschieden.

Die Cultursstellen und Behörden sind aber nicht competente Richter, nm über bie Zuständigkeit unserer Rechte giltig aburtheilen zu können.

Hiedurch ist die doppelte Nullität nachgewiesen, denn ein judex incompetens hat uns ein Recht entzogen, ohne uns Gelegenheit zu verschaffen, unsre rechtliche Vertheidigung vorzubringen. Defectus citationis et jurisdictionis.

Wir befinden uns in dem Besitze unsers Weiderechts, und lassen uns nach dem Grundsatze, beati possidentes und auf den Grund des Cod. civ. P. II. cap. 5. § 8. Nro. 1. aus unserm Besitze nicht setzen; denn dieser Besitz stützt sich auf Verträge, und Verträge können nur auf dieselbe Art, wie sie abgeschlossen wurden, wieder aufgelöst werden, nämlich durch gegenseitige Übereinkunft und die Einwilligung aller Betheiligten.

So vielerlei modi solvendi obligationes es gibt, so zählt doch das Gesetzbuch landesherrliche Machtsprüche hierunter nicht auf, also kann durch den bloßen Willen des Gesetzgebers Niemanden sein Recht genommen werden, auch können Gesetze schon ihrer Natur und selbst den gesetzlichen Bestimmungen nach (Cod. civ. P. I. cap. 1. § 8.) niemals rückwärts wirken, welches offenbar der Fall wäre, wenn der Vertrag vom Jahre 1597 durch das Gesetz vom Jahre 1808 aufgehoben werden wollte.

Wir bitten daher:

Das Decret vom 18. d. M. zurückzunehmen, uns bei unsern Rechten zu schützen und die Gemeinde Ellgau, wenn sie auf ihrem Vorhaben gleichwohl beharren wollte, zur förmlichen Klagestellung in foro civili anzuweisen.

§ 8.

Das k. Landgericht Rain inhärirte aber seinem Decrete, nachdem einmal die Gemeinde Münster auf den Culturspro-

ceß sich eingelassen habe, worauf letztere folgende Beschwerde bei dem Civilrichter einreichte.

Obwohl nach den Bestimmungen des Cod. civ. P. II. cap. 7. § 6. Nro. 5. der Eigenthümer des praedii servientis auf seinem Grunde nichts unternehmen dürfe, wodurch dem — zur Servitut Berechtigten sein Recht benommen, geschmälert oder erschwert werde, so stelle doch die Gemeinde Ellgau bei dem k. Landgerichte Rain den Antrag auf Abtheilung und Cultivirung des dienstbaren Gutes, wodurch das Weiderecht der Gemeinde Münster ipso facto aufgehoben werde.

Bisher sey die Sache auf dem Culturswege verhandelt worden, allein dieser Ausspruch lasse sich mit den ihnen zur Seite stehenden Rechten schlechterdings nicht vereinigen und sie könnten sich ihre — durch feierliche Verträge, unwiderruflich und auf ewige Zeiten erworbenen Rechtszuständigkeiten nicht durch bloße Culturs-Mandate entziehen lassen.

Sie seyen daher gegen die Culturshandlungen unterm 25. April 1823 mit der exceptio nullitatis aufgetreten, dieselbe aber deßhalb abgewiesen worden, weil sich die Gemeinde früher selbst auf dem Culturswege bereits eingelassen habe.

Daß dieser Grund ganz unstichhaltig sey, erhelle bei dem ersten Anblicke; allein ein Haupt Gravamen bestehe darin, daß hier das Landgericht als Culturshehörde entschieden habe, während dasselbe doch als Civilbehörde implorirt gewesen sey; es hätte daher vor allem weitern Verfahren untersucht und förmlich entschieden werden sollen, ob man der Gemeinde Münster den Rechtsweg versagen könne oder nicht; allein dieses sey nicht geschehen, und es bleibe ihnen also kein anderes Mittel mehr übrig, als sich an das königl. Appellations-Gericht mit der Bitte zu wenden:

Dem k. Landgerichte Rain aufzutragen, daß selbes vor allem als Justizbehörde und nach vorgängiger collegialer Berathung und Abstimmung einen Beschluß zu fassen habe.

§ 9.

Hierauf erkannte das kön. Appellations-Gericht unterm 9. Aug. 1824 zu Recht, daß die Gemeinde Münster mit ihrer Berufung vom 23. Juni praef. 2. Juli 1824 unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen sey.

Gründe.

Die Gemeinde Münster hat in Folge alter Verträge das Weiderecht auf den angränzenden Gemeindegründen der Gemeinde Ellgau.

Letztere Gemeinde stellte nun im Jahre 1819 bei dem k. Landgerichte Rain den Antrag, die gedachten Gemeindegründe abzutheilen nnd zu cultiviren, das Weiderecht der Gemeinde Münster aber gegen Entschädigung davon zu entfernen.

Das kön. Landgericht Rain hat jedoch unterm 26. April 1820 das Cultursgesuch der Gemeinde Ellgau abgewiesen und die dagegen ergriffene Berufung wurde von der kön. Regierung des Oberdonaukreises unterm 22. December ebenfalls zurückgewiesen.

Auf eingelegte Revision erkannte aber der kön. Staatsrath unterm 31. Oct. 1822 für Recht, daß der Antrag der Gemeinde Ellgau nach den Cultursgesetzen stattfinde, und daß sofort das Geeignete einzuleiten und von erster Instanz zu entscheiden sey.

Gegen diese Entscheidungen brachte die Gemeinde Münster in einer Vorstellung vom 25. praef. 29. April 1823 bei dem kön. Landgerichte Rain die Nullitätsklage an, weil es sich um eine Civilrechtsfrage handle, welche nicht von den Cultursbehörden entschieden werden könne, nnd folglich ob defectum jurisdictionis et citationis unheilbare Nichtigkeit vorhanden sey.

Das kön. Landgericht Rain hat jedoch diese Nichtigkeitsklage durch Beschluß vom 29. April 1823 zurückgewiesen, und deßhalb wurde nun Berufung hieher ergriffen.

Es ist offenbar, daß die Gemeinde Ellgau ihren Antrag auf Abtheilung des Griesholzbodens bei dem kön. Landgerichte Rain als Cultursbehörde angebracht habe, und die Acten be-

währen, daß über diesen Antrag von den gesetzlich angeordneten drei Instanzen in Culturssachen entschieden worden sei.

Nach der allerhöchsten Verordnung vom 15. März 1808 N. 2. (Reggsbl. 1808 S. 678.) gehört auch die Entscheidung dieser Sache vor die Culturesbehörden, indem es sich darum handelt, das Weiderecht der Gemeinde Münster von dem abzutheilenden Griesholzboden gegen angemessene Entschädigung zu entfernen.

Wenn es sich um Entfernung ein. Weiderechts handelt, so gehört die Sache zur Competenz dtr Culturesbehörden.

Das königl. Landgericht Rain ist deßhalb auch nach den Anordnungen der über die Gemeinheitstheilungen ergangenen allerhöchsten Verordnung vom 11. Mai 1814 (Reggsbl. S. 1105) eingeschritten.

Da nun Culturesstreitigkeiten nach den bestehenden Gesetzen nicht vor die Civilgerichte, sondern vor die Administrativstellen gehören, die letztern aber den Gerichtsstellen nicht subordinirt sind, so steht auch den Civilgerichten keine Cognition über die Verfügungen und Entscheidungen der Culturesbehörden zu.

Wenn daher die Aussprüche der Culturesbehörden als nichtig angefochten werden wollen, so kann dieses nicht bei den Civilgerichten, sondern nur bei den Culturesbehörden selbst im gesetzlichen Instanzenzuge geschehen, weil eine Nichtigkeitsklage nach der Gerichts-Ordnung cap. 16. § 2. et in notis ibid. nur bei dem nämlichen Richter, der den nichtigen Bescheid erlassen hat, oder bei dem höhern Richter angebracht werden kann, das Civilgericht aber keine Culturesbehörde und eben so wenig der höhere Richter der Culturesbehörden ist.

Wenn ein Erkenntniß einer Culturesbehörde als nichtig angefochten werden will, so kan dieß nicht bei den Justizstellen, sond. muß bei den Culturesbehörden geschehen.

Die Nichtigkeitsklage, welche die Gemeinde Münster gegen die vorliegenden Entscheidungen der in Culturssachen angeordneten drei Instanzen erhoben hat, resortirt daher offenbar zu den Culturesbehörden, keineswegs aber zu dem Civilrichter, dem nicht die Befugniß eingeräumt ist, Aussprüche der selbstständigen Culturesbehörden abzuändern oder als nichtig aufzuheben.

§ 10.

Unterdessen hatte schon am 4/7. April 1824 die Gemeinde Ellgau folgende Klage und zwar bei dem königl. Landgerichte Donauwörth eingereicht:

Das Erkenntniß des königl. Staats-Raths spreche aus, daß der Antrag der Gemeinde Ellgau, ihren eigenthümlichen Grund (Ellgauer Letten genannt) von dem der Gemeinde Münster zustehenden Weidrechte gegen billige Entschädigung zu reinigen, nach den Culturs-Gesetzen statt finde, sofort das kön. Landgericht Rain das zu diesem Zwecke Erfoderliche vorschriftmäßig einzuleiten und von erster Instanz wegen zu erledigen habe.

Da aber das kön. Landgericht Rain in dieser Sache den Streitsconsens für die Gemeinde Münster zu ertheilen habe, so sey nach der Verordnung vom 13. April 1821 (Kreis-Intell.-Blatt für den Ober-Donau-Kreis von 1821 p. 847) (wornach, wenn zu Führung eines Streits zwischen Gemeinden auf der einen und dem königl. Fiscus oder Privaten auf der andern Seite der Streitsconsens einer Behörde einzuholen ist, der Rechtsstreit nicht von diesem Gerichte, sondern von dem schon hiezu bestimmt committirten Landgerichte geführt werden soll), das kön. Landgericht Donauwörth die competente Behörde, weßwegen sich die Gemeinde Ellgau unter Producirung des Streits-Consenses an selbes wende und ihren Antrag auf Purificirung des Holzgrundes der Ellgauer Letten genannt, hiemit erneuere.

Nachdem nun die Frage, ob die Ablösung der — der Gemeinde Ellgau so sehr nachtheiligen — Servitut resp. der Purification des Letten von dem darauf haftenden Weiderechte der Gemeinde Münster geschehen solle, von der allerhöchsten Stelle bereits bejahend entschieden worden, so sey hier nur noch die Verhandlung und Entscheidung über den Maaßstab übrig, nach welchem die Entschädigung an die Gemeinde Münster geschehen solle?

Die Gemeinde Ellgau habe dießfalls im Vergleichswege den sechsten Theil des Grundes angeboten, und glaube hiebei auch im Rechtswege stehen bleiben zu müssen:

Königl. Landgericht wolle demnach mit Beiziehung eines forstverständigen Technikers die Sache instruiren und sofort aussprechen, daß sich die Gemeinde Münster mit dem sechsten Theile an dem Grunde des Ellgauer Lettens zu begnügen, und sich künftighin des Weiderechtes in den übrigen Theilen bei Vermeidung strenger Einsicht zu enthalten habe.

§ 11.

Weil aber diese Klage nichts über die Größe des mit der Weidedienstbarkeit belasteten Grundes, nichts über die Art und Zeit der Beweidung von Seite der beklagten Gemeinde, nichts über die Größe des dortigen Viehstandes ꝛc. enthielt, aber alle diese Momente den Grund der Klage zum Behufe der Ausmittlung des Entschädigungs-Quantums ausmachen, so wies das kön. Landgericht Donauwörth dieselbe zurück. Die Gemeinde trug die anbefohlenen Verbesserungen nach, und die Gemeinde Münster verfuhr dann mit folgender Exception.

Die allerhöchste Stelle habe zwar die Reinigung des Eigenthumes von der hierauf haftenden Weide-Servitut als zulässig erkannt, jedoch nur gegen die gesetzliche Entschädigung, daher es vor allem darauf ankomme, das quantum damni auszumitteln.

Diese Ausmittlung setze aber eine genaue Beschreibung des als Weide benützten Grundes, so wie er zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags vom 2. März 1597 bestanden hat, voraus, gleichwie auf die Taxirung des Schadens der Gemeinde Münster der besondere Umstand einen hauptsächlichen Einfluß äußere, ob und welchen Nutzen die Gemeinde Ellgau von dieser Ablösung zu hoffen habe? Denn je weniger sie den in Frage stehenden Grund zu benützen Hoffnung hat, (selbst wenn das ganze Weiderecht entfernt würde), um so größer ist ihre Verbindlichkeit des Schaden-Ersatzes, weil sie fodere, daß die Gemeinde Münster ein Recht, ohne dessen Besitz ihre ganze Existenz gefährdet sey, abtreten solle, während die Gemeinde Ellgau nicht den entferntesten Nutzen hieraus ziehe.

Wenn also die Gemeinde Ellgau ihre Klage begründen wolle, so habe sie vor allem

a) den ihr gehörigen, der Gemeinde Münster aber zur Weide abgetretenen Grund nach seiner ursprünglichen Beschaffenheit und Flächen-Inhalt genau zu beschreiben und

b) die Möglichkeit nachzuweisen, daß sie im Stande sey, den s. g. Ellgauer Letten in einen ordentlichen Wald-Grund umzuwandeln.

In ersterer Hinsicht müsse man bemerken, daß der den Beklagten zur Weide eingeräumte Grund vor 150 und noch mehr Jahren vielleicht 4 — 5 mal, und bei Menschengedenken noch dreimal größer war, als er gegenwärtig ist, und daß er, wenn es so fortgehe, wie bisher, vielleicht nach einem Zeitverlaufe von 40 — 50 Jahren gar nicht mehr bestehe, daher de lana caprima gestritten würde.

Die Ursache dieser so höchst nachtheiligen Erscheinung liege darin, daß der reißende Lechstromm in Folge der ihm von der Gemeinde Ellgau künstlich gegebenen Richtung sein Flußbeet schon so oft und stark verändert habe, daß nicht nur sein ganzes dermaliges Beet, sondern auch ein großer Theil des jenseitigen Ufers, so weit dasselbe aus sogenannten Anschütten besteht, ein Bestandtheil des Ellgauer Lettens ist, wie er in frühern Zeiten existirte.

Wenn nun, was sie ausdrücklich verlange, der ganze Flächenraum der Vorzeit, der Gemeinde Münster, als Maaßstab ihrer Berechtigung zu Grunde gelegt würde, so müsse jeder Sachverständige sein Gutachten dahin abgeben, daß, selbst wenn ihr der ganze gegenwärtige Flächeninhalt des Ellgauer Lettens eigenthümlich abgetreten werde, die Gemeinde Münster für den Verlurst des größern Terrains noch gar nicht entschädigt wäre, daher wohl von einer neuerlichen Reduction oder Entschädigungs-Abfindung mit dem sechsten oder irgend einem andern Theile des Grundes gar keine Rede seyn könne.

Die Viehheerde der Beklagten bestehe nicht bloß in 566 Stücken Hornvieh und 77 Pferden; denn diese Zahl sey nur das Minimum, unter welches sich ihr Viehstand niemals ver-

mindern dürfe, ohne daß ihre Güter nicht mehr bestellt werden könnten; sondern derselbe bestehe effective in 800 Stücken, und nach diesem Besitzstande müsse auch die Entschädigung beurtheilt und ausgesprochen werden, wenn es anders physisch möglich sey, daß ihr eine wirkliche Entschädigung zu Theil werde.

Die Gründe und Thatsachen, welche das kön. Landgericht Rain für seine Entscheidung vom 26. April 1820 angeführt habe, und welche ewig unumstößlich bleiben, wenn auch das Urtheil selbst als Folgesatz in tertia reformirt wurde, seyen allerdings geeignet, die Behauptung zu rechtfertigen, daß die Kläger gar nicht im Stande seyen, die Gemeinde M. für die — zu entziehen beabsichtigte Weide zu entschädigen, oder wirklichen Ersatz zu leisten.

Die Flur der Beklagten enthalte zum mindesten 1300 Tagwerk Ackerfeld, welches durchaus aus leichtem Sandboden bestehe, daher sie nur Korn oder Roggen, und nur zum eigenen Hausbedarf etwas weniges an Waizen bauen könnten; und wenn sie ihre Felder nicht alle 3 Jahre mit Düngen überführen könnten, so habe die Production alsbald ein Ende; denn es mangle ihrem Boden an einem Gehalte und eigner Productionskraft.

Hiezu komme noch der besondere Umstand, daß der Bräuhausbesitzer von Thierhaupten, und der Besitzer des Schankhofes zu Sulz als Schäfereiberechtigte den Schaftrieb und die Schafweide auf die Brachfelder der Beklagten auszuüben befugt seyen, daher sie ihr Vieh nicht, wie andere Gemeinen, den Sommer hindurch auf dem Brachfelde ernähren könnten. Sie müßten wegen diesen eigenthümlichen Verhältnissen einen hinreichend geräumigen und hinreichend ergiebigen Weidegrund haben, um ihre Viehheerde gehörig zu ernähren, und es mögen Sachverständige vernommen werden, so viel als man nur haben wolle, so werde keiner behaupten können, daß die Beklagten von dem Ellgauer-Letten, so weit er gegenwärtig noch existire, auch nur den kleinsten Theil entbehren und abtreten können, ohne daß ihre Viehheerde an ihrer höchst nöthigen Nahrung Abbruch leide; und so lange sie noch irgend einigen

Schaden erleiden, so lange seyen sie nicht angemessen entschädiget, was sie gleichwohl nach dem Gesetze zu fodern berechtigt seyen.

Es dürfe hiebei nicht außer Acht gelassen werden, daß bei ihnen nicht einmal der Kleebau mit Erfolg betrieben werden könne, theils, weil der Schaftrieb zweier bedeutender Schäfereien diesem Culturs-Unternehmen bedeutend entgegenstehe, theils aber und hauptsächlich, weil die Erdscholle ihrer Felder hiezu nicht qualificirt sey.

Da nun dem zu Folge die Production der Feldfrüchte lediglich von dem erfoderlichen Viehstande, dessen Bestand aber von der Möglichkeit seiner Unterhaltung und dem Besitze der erfoderlichen Weidegründe abhänge und bedingt sey, und da sie von ihren Öconomie-Gütern fast durchaus nur das Nutzeigenthum hätten, während das Obereigenthum theils dem kön. Finanz-Ärare, theils der Herrschaft in Sandizell zuständig, so sey es klar, daß diese beiden Herrschaften, als Grundobereigenthümer und Zehentberechtigte bei vorliegender Streitsache directe betheiliget, und sowohl berechtiget als verbunden seyen, zu interveniren und Beistand leisten, daher sie auf den Grund des cod. jud. cap. 8. § 4. nro. 5. et cap. 14. § 4. bäten:

jenen Betheiligten von dem Streite Nachricht zu geben, damit sie ihre Rechte gleichfalls geltend machen konnten; denn, wenn sie unsere bisherige Weidenschaft verlieren würden, so würde sich der Ertrag ihrer Güter, und die ganze Production bedeutend vermindern, daher auch die grund- und zehentlchen Gefälle in bedeutende Abnahme gerathen.

Den vollen Ersatz des Schadens sey ihnen aber die Gemeinde Ellgau schon in der Hinsicht schuldig, als ihr Purificationsgesuch wahrhaft muthwillig sey; denn ein eigentlicher Holzwachs sey auf diesem Locale absolut unmöglich.

Schon in der Urkunde vom 28. März 1686 werde dieser Holzwachs nur ein schlechtes Staudengehölz genannt, welches keine forstordnungsmäßige Behandlung erleide, und so sey es auch in der Wirklichkeit, weil der ganze Holzwachs nur in Weiden und Felben bestehe, wovon die Ruthen jähr-

lich abgeschnitten würden, daher es sündhaft wäre, ihnen einen unersetzlichen Schaden zuzufügen, ohne selbst einen realen Nutzen hievon zu haben.

Sie bäten daher in der Hauptsache:

Die Gemeinde Ellgau mit ihrer Klage so lange abzuweisen, bis sie den ursprünglichen Flächen-Inhalt des contract- und vergleichmäßigen Weidegrundes nachgewiesen, dann bis sie die Möglichkeit, diese Realität in einen ordentlichen Waldgrund umzuwandeln, dargethan, und zugleich ein vollständiges Äquivalent für die abzutretenden Trieb- und Weide-Rechte ausgemittelt haben werde.

§ 12.

Nach geschlossenen Recessen ordnete das kön. Landgericht einen Augenschein an, wobei die Sachverständigen mit ihrer Erklärung über den Werth eines Tagwerkes-Grund am Letten, und über den Werth der Weide, welche die Münsterer Gemeindeglieder mit 77 Stück Pferden und 560 Stück Rindvieh bisher genossen, einer nach dem andern vernommen wurden:

1) Anton H. ꝛc. ꝛc. schätzte das Tagwerk Letten auf 9 fl., sohin die ganze Strecke zu 210 Tagwerken auf 1890 fl.
   Die Weide hierauf schlug derselbe auf dem Tagwerke auf 1 fl. 30 kr., sohin auf dem ganzen Letten auf 315 fl. an.
2) Mathias E. ꝛc. ꝛc. schätzte das Tagwerk Letten auf 10 fl., die ganze Strecke auf 2100 fl.
   Die Weide pr. Tagwerk 1 fl. 30 kr. auf 310 fl,
3) Joseph S. ꝛc. ꝛc. schlug das Tagwerk Letten auf 9 fl., also das Ganze auf 1890 fl.;
   die Weide im Ganzen genommen auf 300 fl. an.

§ 13.

Unter Zugrundlegung dieser Schätzungsresultate sprach dann das kön. Landgericht Donauwörth unterm 27. August 1827 durch Erkenntniß aus, daß die Gemeinde Ellgau an die Gemeinde Münster zur Entfernung des Weiderechtes und

des Durchtriebes die Summe von 364 fl. zu bezahlen, vielmehr anstatt dieses Betrages 39 Tagwerk vom Ellgauer-Letten zu überlassen habe, und führte hiefür folgende

Gründe

an.

Durch allerhöchste Entschließung vom 31. October 1822 des Staatsrathes sey ausgesprochen, daß das der Gemeinde Münster am Ellgauer-Letten zustehende Weiderecht gegen billige Entschädigung abgelöst werden könne.

Maaßstab der Entschädigung bei Ablösung einer Weideservitut.

Der Ellgauer-Letten habe einen Flächeninhalt von 310 Tagwerken und einen Werth von 1960 fl.; das Weiderecht sey in Berücksichtigung des Viehstandes, mit welchem die Gemeinde Münster die Weide besuche, auf 310 fl. geschätzt.

Dieser Betrag erscheine nur als Entschädigungssumme für das Weiderecht.

Es habe aber die Gemeinde Ellgau in der Eingabe vom 29. April 1826 den Antrag gestellt, bei der Überlassung des sechsten Theiles vom Grunde des Ellgauer-Lettens als Entschädigung auch im Rechtswege stehen bleiben zu müssen.

Der sechste Theil des Lettens beträge 35 Tagwerke, im Geldanschlage nach der gerichtlichen Schätzung 326 fl. 40 kr.

Da nach der gerichtlichen Schätzung eine geringere Summe, nämlich 310 fl., oder ein Grundbetrag von 33 3/4 Tagwerk als Entschädigung sich ergebe, so sey die Entschädigung nach dem Antrage der Gemeinde Ellgau gewiß billig, besonders, wenn in Berücksichtigung genommen werde, daß, wie es die Gemeinde Münster selbst zugestehe, von dem ehemaligen Ellgauer-Letten schon der größere Theil durch den Lech weggespühlt worden sey, ohne daß sich im Verhältnisse der Viehstand der Gemeinde Münster vermindert habe.

Die Servitut erlischt mit dem Untergange des praedii servientis, auch zum Theil, wenn dieselbe auf allen

Nach dem Gesetze Cod. civ. Thl. II. cap. 7. § 7. nro. 4. und den Anmerkungen erlösche die Servitut mit dem Untergange der Sache, welche damit onerirt ist; es habe daher die Gemeinde Münster überhaupt das Weide-

recht auf dem von dem Lech weggespühlten Theile des Ellgauer-Lettens verloren, daher auch das Verlangen derselben, daß die Entschädigung auch auf den weggespühlten, also zu Verlust gegangenen Theile des Ellgauer-Lettens ausgedehnt werden möchte, ganz und gar ungegründet erscheine.

Theilen des dienenden Gutes ausgeübt wird, und ein Theil zu Grunde geht.

Sohin könne nur von der Entschädigung des Weiderechtes auf dem noch vorhandenen in 210 Tagwerk bestehenden Ellgauer Letten die Rede sey.

Die Gemeinde Münster habe in der Erklärung vom 12. Mai 1827 behauptet, daß sie auch auf den Fischerwiesen im Betrage zu 12 Tagwerk, welche ober dem Ellgauer Letten liegen, das Weiderecht und, um es auszuüben, den Durchtrieb am Ellgauer Letten habe.

Die Ablösung des Weiderechts ohne die Entfernung des Durchtriebs würde für die Gemeinde Ellgau zwecklos erscheinen, es habe dieselbe auch den Durchtrieb in ihrem Antrage auf Weiderechts-Ablösung zu entfernen und zu entschädigen beabsichtigt.

Daß Wiesen nur zu offnen Zeiten beweidet werden können und die Weidenschaft hierauf der Cultur überhaupt zu weichen habe, sprechen die Gesetze aus.

In fernerer Berücksichtigung, daß auch die Fischerwiesen ein Lettengrund und von der Gemeinde Münster weit entlegen seyen, die Weide darauf für die ganze Gemeinde von keinem Ausschlage seyn könne, erscheine, daß das Weiderecht hierauf mit 4 Tagwerk Lettengrund zureichend und nach billigem Maaßstabe entschädiget sey.

Durch die Entschädigung des Weiderechtes sey auch der Durchtrieb entfernt; es habe sohin die Gemeinde Ellgau der Gemeinde Münster zur Entfernung des Durchtriebes 37 fl. 20 kr. resp. 4 Tagwerk Lettengrund, im Ganzen zur Entfernung des Weiderechts und des behaupteten Durchtriebes auf die Fischerwiesen 364 fl. zu bezahlen, vielmehr die nach dem Schätzungswerthe hiefür treffenden 39 Tagwerk vom Ellgauer Letten als Entschädigung zu überlassen.

Der Ausspruch auf Entschädigung an Grund und Boden gründe sich im gegebenen Falle darauf, daß einerseits die Gemeinde Ellgau die Entschädigung an Grund und Boden angeboten, und die Gemeinde Münster andererseits am 12. Mai 1827 erklärt habe, daß sie die sie treffende Entschädigung an Grund und Boden von dem Ellgauer Letten der Geldentschädigung vorziehe.

§ 14.

Hiegegen übergab die Gem. M. am 22. Sept. 1827 eine Berufung, deren wesentlichste Beschwerdegründe darin bestunden, daß der durch Entzug der Weide der Gemeinde Münster zugehende Schaden an sich unersetzlich, in concreto aber noch gar nicht ordentlich ausgemittelt, viel weniger zur Zeit eine äquivalente Entschädigung hiefür vorliege, daher auch das Abtheilungsgesuch der Gemeinde Ellgau dermal noch zurück gewiesen werden müsse.

§ 15.

Diesen Berufungsanträgen entsprach die kön. Regierung, und erkannte unterm 12. Dec. 1827, daß das landgerichtliche Erkenntniß als zu früh erlassen aufzuheben und ein nochmaliger Augenschein und Abschätzung durch Sachverständige vorzunehmen sey, wobei sich genau nach den Bestimmungen der Gerichts-Ordnung Cap. 12. § 3. Nr. 2. und 6. zu benehmen, und wozu auch die zur Intervention geeigneten Grund- und Zehentherrschaften der Gemeinde Münster vorzuladen seyen.

Gründe.

Die Gemeinde Ellgau will von ihrem als Waldgrund benützten Grundstücke, der Ellgauer Letten genannt, alle Art Weide entfernen, und der weidberechtigten Gemeinde Münster nach Inhalt der Gesetze die gebührende Entschädigung leisten.

Das k. Landgericht hat nun zur Ausmittlung dieser Entschädigung den 12. Mai d. J. unter Beiziehung eines k. Revierförsters und dreier Landwirthe Augenschein auf dem Letten

gehalten, sofort auch summarisch den Werth dieses Grundstückes und der Weide abschätzen lassen.

Die Gemeinde Münster erklärte sogleich und wiederholte in der Berufung, daß durch dieses Verfahren der Zweck des Augenscheines und der Schätzung nicht erreicht werde.

Der Forstmann habe sich weder auf Bestimmung der Erdarten, die Tiefe der Erdschichten ꝛc. eingelassen, noch sonst sein Gutachten gehörig begründet; die übrigen Sachverständigen hätten blos nach Geld den Werth des Weidegrundes willkührlich geschätzt, anstatt die Lage von Münster zu berücksichtigen, gemäß welcher sie um Geld gar keine Weide bekommen, während solche ihnen unerlässig nöthig sey, um den erfoderlichen Viehstand zu erhalten, da ihre Felder besonders viel Dünger fodern, auf ihren Brachfeldern Fremde das Weiderecht ausüben, auf ihren Äckern der Klee nicht gedeihe ꝛc.

Die Verordnung vom 15. März 1808, Erläuterungen einiger Cultur-Verordnungen betreffend, setzt in den §§ 2 und 4. fest, daß zwar alle Weide-Servituten ablösbar seyen, bei Feldern und Wiesen aber der Weideberechtigte in dem Verhältnisse des Werthes des entfernten Weidegenusses entschädigt werden müsse; bei Wäldern sey der ursprüngliche Erwerbspreis für schädliche, für unschädliche Weide aber der Verlust der Weide angemessen zu vergüten.

Da in dem vorliegenden Falle der Zweifel erhoben wurde, ob dieser Ellgauer Letten als Wald oder als Wiese zu behandeln sey, da ferner ein Weiderecht angesprochen wurde, welches der Grundeigenthümer als höchst schädlich erklärt, und da sich bei keinem Weiderechte, wofür Entschädigung zu geben ist, der Werth abstract schätzen läßt, vielmehr jedesmal mit Rücksicht auf den Verlust des Berechtigten und auf den Werth, den die Weide für ihn hatte, die Werthsbestimmung geschehen muß, so hätte den Sachverständigen deßfalls viel genauer, als es bei den Verhandlungen am 12. Mai d. J. geschah, das Verhältniß des Gutsbesitzes der Gemeinde Mün-

Bei Ablösung ein. Weiderechts darf der Werth desselben nicht abstract geschätzt werden, sondern mit Rücksicht auf den Verlust des Berechtigten, u. auf den Werth, den die Weide für ihn hat.

ster, ihre Lage, Umgebung, das Recht zum Durchtrieb auf die Fischermähder u. s. w. entwickelt werden sollen, und sie wären auch, wie die Gerichts-Ordnung am angeführten Orte bestimmt vorschreibt, zu verhalten gewesen, hinlängliche schlüssige Ursachen ihrer Schätzung anzugeben.

Da dieses nicht geschah, und da sogar jedesmal, wenn ein Theil einen zweiten Augenschein verlangt, wie hier die Gemeinde Münster bat, selber abgehalten werden muß, so war wie geschehen zu erkennen.

Was die Interventionen des Grund- und des Zehentherrn betrifft, sind selbe nach Lage der Acten und nach den Gesetzen allerdings von Belang und zulässig, daher sie auch nachträglich angeordnet werden mußten.

§ 16.

Es wurde hierauf ein nochmaliger Augenschein, wozu andere Sachverständige beigezogen wurden, abgehalten, diese vernommen und den Partheien Gelegenheit zu Augenscheins- und Deductions-Recessen gegeben.

Auf einmal sprang nun die Gemeinde Ellgan von dem Kulturprocesse ab, und übergab unterm 9/18. Juni 1831, indem sie zugleich bei dem kön. Landgerichte Donauwörth um Sistirung des bisherigen Forstpurifications-Processes bat, wieder bei dem kön. Landgerichte Rain eine

Negatorienklage

folgenden Inhalts.

Bekanntlich besitze die Gemeinde Ellgau jenseits des Lechstromes einen Weideplatz, den s. g. Ellgauer Letten.

Weil nun diese Gründe, welche durch den ungeregelten Fluß von dem dießseitigen Ufer schon vor mehreren 100 Jahren losgerissen und zum jenseitigen Ufer gebildet wurden, zunächst an die Gründe der Gemeinde Münster anstossen, hätten sich auch schon in den frühesten Zeiten zwischen den Gemeinden Ellgau und Münster, welche letztere sich Weide- und Eigenthumsrechte anmasse, Streitigkeiten ergeben, welche durch die Vermittlung der Grundherrschaften wieder beseitigt wurden.

Namentlich sey durch einen Vertrag vom 28. Mai 1686 der beklagten Gemeinde Münster hinsichtlich der Weide auf dem sogenannten Letten nur ein Präcarium eingeräumt; denn es heiße in einer Stelle desselben wörtlich:

„welcher Trieb und Blumbesuch auch Holzschlag, sammt all anderer Nutzung ebenmäßiger Gestalt den Ellgauern zuständig ist, jedoch aber ermeldte Hemetern und Münsterern bisher solchen Blumbesuch aber nur aus gutem Willen genossen, als sollte es hinfürtens auf solche Weise und andergestalt nit, und so lange es den Ellgauern gefällig seyn wird, annoch dabei verbleiben, allermassen sie Ellgauer ihnen Hemetern und Münsterern hiedurch das geringste Recht nicht eingeräumt haben wollen."

Hieraus gehe klar hervor, daß es nur in der Willkühr der Gemeinde Ellgau liege, der gegentheiligen Gemeinde ein Weiderecht zu gestatten, und sie befugt sey, nach Belieben alle Nutzungs- und Eigenthums-Rechte wieder einzuziehen.

Der Gemeinde Münster sey es zwar gelungen, die Gemeinde Ellgau, als sie auf administrativem Wege ihre Rechte acquiriren wollte, 10 Jahre durch einen kostspieligen Proceß hinzuhalten, weil sie selbst in der irrigen Ansicht befangen gewesen sey, als ob die Gemeinde Münster ein jus quaesitum auf ihr Eigenthum habe.

Allein die jüngst vorgefundene Urkunde, worin diese Vorfrage unbestritten gelöst sey, sichere der Gemeinde Ellgau ihr Eigenthum vollständig, und gebe ihr Hoffnung, daß sie wieder in ihre ursprünglichen Rechte eingesetzt werde.

Im Allgemeinen spreche schon die Vermuthung für die servitutenfreie Natur der Gründe; um so mehr müsse also bei einem vorliegenden Vertrage, wodurch einem Dritten nur ein Precarium eingeräumt wurde, auch der gedachte Ellgauer Letten von allen Servituten frei seyn.

Cod. civ. P. II. cap. 7. § 11.

Die Gemeinde Münster masse sich aber das fragliche Weiderecht auf demselben unbedingt an und verlange sogar, daß ihr solches abgelöst werde.

Nachdem ihr aber kein Weiderecht zustehe, und die Gemeinde Ellgau ihre Gründe mit allen Rechten reclamiren müsse, so sehe sie sich auch genöthiget, gegen die Gemeinde Münster aufzutreten und ein Inhibitorium zu erwirken.

Sie stelle daher die Bitte:

„auszusprechen, der Gemeinde Münster stehe durchaus kein Weiderecht auf dem Ellgauer Letten zu, und sie habe sich bei einer Strafe von 50 Thalern alles Weidens auf dem gedachten Letten zu enthalten und alle Kosten allein zu tragen.“

§ 17.

Das Landgericht Rain erachtete sich nicht als competent, und theilte diese Klage dem kön. Landgerichte Donauwörth mit, welches sich gleichfalls nicht für competent hielt.

Über diesen Competenz-Conflict erfolgte unterm 28. Jän. 1832 ein kön. allerhöchstes Rescript dahin, daß das k. Landgericht Rain in dieser Sache das zuständige Gericht sey, worauf dasselbe zur Verhandlung der Sache Tagsfahrt ansetzte,

§ 18.

bei welcher die Gemeinde Münster folgende

Exception

abgab.

Vor allem opponire sie die dilatorische exceptio litis jam alibi pendentis, und verweigere die Einlassung auf die Klage.

Es liege sowohl in der Natur der Sache, als in den gesetzlichen Bestimmungen, daß Niemand wegen ein und derselben Sache gleichzeitig bei verschiedenen Behörden mit verschiedenen Rechtsgründen in Anspruch genommen werden könne. So lange daher die Gemeinde Ellgau ihre Purificationsklage bei dem kön. Landgerichte Donauwörth nicht förmlich zurücknehme, sey die Gemeinde Münster nicht schuldig, auf die Negatorienklage litem zu contestiren, weil beide Klagen unter sich in dem directesten Widerspruche stehen. Sie verweigere daher die Streitseinlassung und bitte zu erkennen:

daß sie nicht schuldig sey, litem zu contestiren, so lange die Gemeinde Ellgau ihre frühere Klage bei dem kön. Landgerichte Donauwörth nicht zurückgenommen habe.

Die in Mitte liegende allerhöchste Entscheidung entziehe der Gemeinde Münster diese Einreden durchaus nicht, sondern sie spreche bloß die Competenz des k. Landgerichts Rain bei Instruirung einer Civilrechtsklage aus, welche ohnehin niemals bezweifelt worden sey.

Für den Fall, daß das Recht der unbedingten Streits-Einlassungs-Verweigerung nicht anerkannt würde, wolle der Gemeinde Münster gestattet werden, die Einlassung auf den Streit wenigstens so lange zu verweigern, bis sie durch die Gemeinde Ellgau für alle jene Kosten entschädigt seyn wird, welche ihr durch die bei dem k. Landgerichte Donauwörth anhängig gewesene Purificationsklage bisher zugezogen wurden.

Die Gerichtsordnung schreibe in Cap. 1. § 16. ausdrücklich vor, daß bei willkührlicher Strafe kein Theil von dem einmal prävenirten Gerichte an ein anderes einen ungebührlichen Absprung machen solle.

Wolle man nun auch einen solchen Absprung dadurch rechtfertigen, daß man vorgäbe, die neue Klage sey eine civilrechtliche, während die frühere eine culturrechtliche gewesen sey, daher die Verschiedenheit des Forums von selbst entstehe, so sey doch wenigstens nicht zu mißkennen, daß die, — auf ein ganz anderes Fundament gebaute neue Klage nach Cod. jud. cap. 4. § 13. die Kläger verbindlich mache, den Gegentheil seines bisherigen vergeblichen Kosten-Aufwandes zu entschädigen.

Man stelle daher eventuel die weitere Bitte:

zu erkennen, daß die Gemeinde Münster so lange nicht schuldig sey, sich auf die neue Klage einzulassen, bis sie rücksichtlich des — durch die erste factisch zurückgenommene Klage — gehabten Kosten-Aufwandes vollständig indemnisirt seyn werde.

Erst für jenen Fall, wenn vorstehende dilatorische Einreden abgeurtheilt, die Purificationsklage zurückgenommen und die Kosten ersetzt seyn würden, könnte die beklagte Gemeinde

gehalten werden, folgende peremtorischen Einreden vorzuschützen.

Das Fundament der gegentheiligen Klage bestehe darin, daß die Gemeinde Ellgau zwar bisher der Meinung gewesen sey, daß die Gemeinde Münster ein jus quaesitum habe, auf dem Ellgauer Gemeindegrund, den Letten genannt, die Weide auszuüben; daß sie aber durch eine neu aufgefundene Urkunde vom 28. Mai 1686 nachzuweisen vermöge, daß sich diese Weideausübung nur auf ein precarium gründe.

Allein in dieser Hinsicht versiren die Kläger in dem offenbarsten Irrthume; denn, obwohl der — der Klage in simpler Abschrift beigelegten, von Niemand unterschriebenen Urkunde nicht der mindeste Werth oder Beweiskraft eingeräumt werden könne, so liefere sie doch, auch ihre Ächtheit vorausgesetzt, nicht den mindesten Beweisgrund, indem die Identität desjenigen Weideplatzes, auf welchem der Gemeinde Münster die Weide nur precario modo zustehen solle, und des — dermal in Frage stehenden Gemeindegrundes — der Letten — keineswegs hergestellt sey, sondern vielmehr geradezu widersprochen werden müsse.

Der Lechstrom habe seit 2 bis 300 Jahren seinen Lauf schon so oft verändert, daß man von dem dortmaligen Zustande auf den jetzigen schlechterdings keinen Schluß zu ziehen vermöge. Es haben auch seit jener Zeit so vielerlei gerichtliche Besichtigungen, Vergleiche, Verträge, Bescheide u. dgl. stattgefunden, daß man unmöglich mehr geradezu behaupten könne und annehmen dürfe, daß ein vor 100 — 150 Jahren abgeschlossener Vertrag jetzt noch gelte oder bei gänzlich verändertem Laufe des Flusses noch Anwendung finden und gelten könne.

Im Jahre 1686 habe der s. g. Ellgauer Letten noch gar nicht bestanden; daher komme der Name dieses Grundes in der ganzen Urkunde gar nicht vor, und gleichwie dieser Letten schon seit 10 bis 15 Jahren der Strömmung des Lechflusses besonders ausgesetzt sey und von demselben je mehr und mehr verschlungen werde, eben so sey es möglich, daß vielleicht in zehn Jahren von dem ganzen Letten kein Tagwerk mehr

vorhanden seyn werde, indem dieses Grundstück schon jetzt wenigstens 1/3 seines ursprünglichen Flächen-Inhaltes verloren, und der Lech hievon verschlungen habe.

Sollte die Urkunde von 1686 etwas beweisen, so müsse vor allem die Identität des dortmaligen und des jetzigen Objects nachgewiesen werden, was jedoch bei den ewigen Veränderungen der Strömung eine absolute Unmöglichkeit sey.

Indessen bewähre schon der klare Inhalt der jenseits producirten Urkunde, daß sie im § 3. von einem ganz andern Objecte handle, als im § 5, und daß in dem ersten das — schon durch einen frühern Vergleich vom 21. März 1597 begründete Weiderecht der Gemeinde Münster auf einem — am rechten Lechufer liegenden Ellgauer Gemeindegrund neuerlich und auf ewige Zeiten befestiget und anerkannt worden sey, und daß die im § 5. berührte, angeblich nur widerruflich ertheilte Weidebefugniß sich auf ein ganz anderes, auf dem linken Lech-Ufer, oberhalb des Markgrabens und der Ortssäule ganz nahe gegen das Dorf Ellgau gelegenes Grundstück beziehe, welches mit dem Letten niemals in einiger Berührung gestanden sey; denn es werde den Klägern wohl nicht unbekannt seyn, daß der Markgraben und die Ortssäule nicht auf dem rechten, sondern auf dem linken Ufer sich befinde?

Die Kläger besitzen die Urkunde vom 28. März (oder Mai) 1686 schon lange; denn sie hätten diese bei den frühern Verhandlungen schon oft vorgezeigt und gleichwohl seit 12 und noch mehreren Jahren das Weiderecht der Gemeinde Münster als ein wirkliches Recht, nicht als ein bloßes precarium, beständig und gleichförmig anerkannt, ohne daß sie einen dießfallsigen Irrthum nachzuweisen vermöchten, et quod semel placuit, amplius displicere non potest.

Hierin liege der Beweis der Grundlosigkeit ihrer Klage, indem ihnen das unumwundene factische Geständniß dieses Rechts unwidersprechlich entgegenstehe.

Selbst in der Berufungsschrift vom 23. Mai 1820 an die kön. Regierung des Oberdonaukreises wiederholten sie dieses Geständniß auf die unwiderlegbarste Weise, und zwar mit Bezug auf den Vertrag von 1597. Allein in ihrer Recurs-

schrift an den kön. Staatsrath vom 17. Febr. 1821 führten sie selbst die angeblich neu aufgefundene Urkunde v. 28. März 1686 als den Rechtstitel für das Weiderecht der Gemeinde Münster an, und wollten jetzt auf den Grund derselben Urkunde die Freiheit ihrer Grundstücke von der Weide-Servitut in Anspruch nehmen. Daher die Beklagten mit gänzlichem Bezuge auf die Voracten — insbesondere auf obige beide Recursschriften und die Klage vom 2. April 1824, dann den Nachtrag vom 24. Mai 1824 zum kön. Landgerichte Donauwörth — und unter allgemeinem Widerspruche der ganzen Klage die Bitte stellen:

Die Kläger abzuweisen und in alle Kosten zu condemniren.

§ 19.

Nach gewechselten Recessen erkannte hierauf das königl. Landgericht Rain am 21. Juni 1832 zu Recht:

a) daß die dilatorische Einrede der beklagten Gemeinde wegen Verweigerung der Litiscontestation zu verwerfen, und der Streit durch die eventuele Streitseinlassung als pure befestigt anzunehmen sey;

b) daß die klägerische Gemeinde Ellgau binnen 30 Tagen peremtorischer Frist zu beweisen habe:

daß sie bei den gemachten Zugeständnissen, daß die beklagte Gemeinde auf das Weiderecht in dem Ellgauer-Letten jenseits des Leches ein wirkliches Recht auszuüben habe, im Irrthume befangen, sonach die Gemeinde Münster das fragliche Weiderecht nur praecario modo auszuüben berechtigt gewesen sey.

c) daß die beklagte Gemeinde Münster dagegen und zwar eventuel binnen desselben Termines zu beweisen habe:

daß das schon durch einen frühern Vergleich vom 21. März 1597 begründete Weiderecht der Gemeinde Münster auf dem am rechten Lechufer liegenden Ellgauer-Gemeindegrunde neuerlich auf ewige Zeiten befestiget und anerkannt worden sey.

Gründe.

Die Gemeinde Ellgau, die auf dem jenseitigen Ufer des Lechs Weideplätze besitzt, erhob gegen die Gemeinde Münster, mit welcher sie über die fraglichen Gründe schon längst wegen Forstpurification in einem Administrativ-Processe versirte, die actio negatoria, weil sich besagte Gemeinde auf diesen Gründen das Weiderecht anmasse, und sucht gegen diese Gemeinde ein Inhibitorium zu erwirken.

Die beklagte Gemeinde schützte sich mit der exceptio litis jam alibi pendentis, und will die Litiscontestation in so lange verweigern, bis die Gemeinde Ellgau ihre Purificationsklage bei dem kön. Landgerichte Donauwörth förmlich zurückgenommen, und die dadurch veranlaßten Kosten vergütet haben wird, brachte aber für den Fall der Verwerfung der dilatorischen Einrede ihre peremtorischen Einreden eventuel an.

Die von der Gemeinde Ellgau, früher bei dem Landgerichte Donauwörth gestellte Klage ist eine reine Administrativ-Klage, und bezweckt die Purification der fraglichen Gründe von dem bisher darauf ausgeübten Weiderechte; die concrete Klage ist rein civilrechtlicher Natur, und gründet sich auf die Freiheit und Unbeschränktheit des Eigenthums der fraglichen Grundstücke.

Die gegenwärtige Klage betrifft nach der Natur des angeführten Rechtszustandes eine bestimmte Vorfrage, und ist also für den vorausgegangenen und noch schwebenden Forst-Purificationsproceß präjudiciel und präparatorisch, muß in dieser vorfraglichen Eigenschaft zuvörderst verhandelt und verbeschieden werden, wie die G.-O. in cap. 4. § 9. klar ausspricht, und bewirkt, als in der Natur der Sache begründet, die Suspension der bisherigen im Administrativ-Wege gepflogenen Verhandlungen sowohl in Haupt- als Nebensache.

Präjudiciele Fragen müssen vor dem Hauptstreite verhandelt u. entschieden werden.

Es mußte also die dilatorische Einrede wegen Verweigerung der Litiscontestation verworfen, und die eventuele

Streits-Einlassung als litiscontestatio pura angenommen werden.

Die Kläger wiedersprechen nicht, daß die Beklagten das Weiderecht auf dem s. g. Ellgauer-Letten jenseits des Lechs mit ihrem der Kläger Wissen und Willen ausgeübt haben; sie geben selbst zu, daß sie bisher der Meinung gewesen seyen, die Beklagten hätten dießfalls ein jus quaesitum anzusprechen, behaupten aber, daß sie in einem Irrthume gewesen seyen, und daß die Gemeinde Münster das fragliche Weiderecht auf ihren Weideplätzen nur precario modo auszuüben berechtigt gewesen sey, was sie durch eine neuerdings aufgefundene Urkunde von 1686 zu erweisen im Stande seyen.

Die Beklagten schützen sich mit den vorliegenden Geständnissen, widersprechen das Precarium, die Identität derjenigen Grundstücke, auf denen ihnen die Weide uur precario modo zustehen sollte, und des dermal in Frage stehenden Gemeindegrundes, behaupten, daß die Kläger die Urkunde vom 28. März 1686 schon längst besessen, und ihnen gleichwohl ein jus quaesitum eingeräumt hätten, endlich, daß das schon durch einen frühern Vergleich vom 21. März 1597 begründete Weiderecht der Gemeinde Münster auf dem am rechten Lechufer liegenden Ellgauer-Gemeindegrunde neuerlich auf ewige Zeiten befestigt und anerkannt worden sey.

Die Kläger geben replicando wiederholt zu, daß sie wirklich in der Meinung gewesen seyen, als stehe den Beklagten, die das Weiderecht notorisch ausgeübt hätten, ein jus quaesitum zu; daß dieses übrigens lediglich aus Irrthum geschehen sey, und sie erst durch eine neu aufgefuudene Urkunde die Überzeugung gewonnen hätten, daß die Gemeinde Münster das fragliche Weiderecht nur praecario modo auszuüben berechtigt gewesen; sie behaupten, daß ihnen die gemachten Zugeständnisse durchaus nicht präjudiciren könnten, suchten für jeden Fall die restitutio in integrum ex capite novitur repertorum et minorenitatis nach, und erbieten sich zum Novitätseide.

Die actio negatoria fundirt sich in der natürlichen Freiheit des Eigenthums, und daher ist nach Cod. civ. Thl. II.

cap. 17. § 11. de servitutibus der Kläger den Beweis zu machen nicht verbunden, und es muß vielmehr der Beklagte den Beweis selbst führen.

Sonach wäre es Sache der Gemeinde Münster, die vorgegebene Weidedienstbarkeit zu beweisen.

Da übrigens in concreto die beklagte Gemeinde die vorliegenden Zugeständnisse in Anspruch nimmt, so konnte ihr auch der Beweis der Weidedienstbarkeit nicht aufgebürdet werden, weil die praesumtio pro libertate dominii den vorliegenden Zugeständnissen weichen muß, und es war sonach durch den Widerspruch der klägerischen Behauptung auf die Kläger die Beweislast zu transferiren.

Die Kläger beziehen sich zwar zum Beweise ihres vorgebrachten Precariums auf eine Urkunde, wovon sie eine Abschrift der Klage beigelegt haben; da aber diese Urkunde nicht producirt, und die bloße Anführung derselben ohne die ausdrückliche Erklärung, daß der Beweis damit angetreten werden wolle, nach der Novelle zur Proceßordnung vom 22. Juli 1819 für einen freiwilligen Beweisantritt nicht zu achten ist, so mußte der klägerischen Gemeinde der Beweis ihrer Behauptung ausdrücklich auferlegt werden.

Der von beklagter Seite vorgebrachte Widerspruch der Identität desjenigen Weideplatzes, auf dem die Weide uns precario modo zustehen sollte, und des dermal in Frage stehenden Gemeindegrundes greift in die durch die fragliche Urkunde zu liefernde Beweisführung ein, indem die Beklagten aus der klägerschen Urkunde den Widerspruch der Identität geltend machen zu können behaupten, bildet sonach einen seinerzeitigen Gegenbeweis, und kann ante probationem nicht beachtet werden; eben so kann die Einrede, daß die Kläger die Urkunde von 1686 schon längst besessen und ihnen gleichwohl ein jus quaesitum zugestanden hätten, in der Art nicht präjudiziren, daß bei den frühern Zugeständnissen eine restitutio in integrum oder ein Novitätseid erfoderlich wäre, weil in concreto das Rechtsprincip: error nocet erranti eine billige Abweichung leidet, da die beklagte Gemeinde durch die Ausübung der Weidedienstbarkeit, deren Titel der kläge-

rischen Gemeinde unbekannt war, die Zugeständnisse veranlaßte und sonach errans culpa adversarii verleitet wurde.

Wenn der Gegner den Irrthum veranlaßt, so schadet derselbe dem Irrenden nicht.

Cod. civ. P. IV. cap. 1. § 25. et in not. Nro. 3. lit. d.

Endlich behaupten die Beklagten, daß das schon durch einen frühern Vergleich vom 21. März 1597 begründete Weiderecht der Gemeinde Münster auf dem am rechten Lechufer liegenden Ellgauer Gemeinde-Grunde neuerlich auf ewige Zeiten befestigt und anerkannt worden sey.

Diese Behauptung ist für die Beklagten von Wichtigkeit, und in der Hauptsache entscheidend; denn wenn dieselben diese Behauptung geltend zu machen im Stande sind, so kann das auch wirklich nachgewiesene Precarium nichts nützen, weil nach dem Rechtsprincip: Pacta dant leges et lex posterior derogat priori, die Urkunde, durch die jüngere Anerkennung und Befestigung des Weiderechts auf ewige Zeiten aufgehoben wurde.

Diese Beweisführung wird übrigens erst dann nothwendig, wenn die Kläger das Precarium nachgewiesen haben werden, weil die Beklagten erst in diesem Falle die neuerliche Befestigung und Anerkennung ihres Weiderechts auf ewige Zeiten, und dadurch die Aufhebung und Annullirung des Precariums zu erweisen haben.

Es mußte daher bei dem Widerspruche der Kläger den Beklagten diese ihre Behauptung eventuel zum Beweise ausgesetzt werden.

§ 20.

Gegen dieses Erkenntniß appellirten beide Theile, es wurde aber von dem kön. Appellations-Gerichte des Oberdonaukreises unterm 8. März 1833 aus folgenden

Gründen:

bestättigt.

Die beklagte Gemeinde beschwerte sich, daß der Richter Imae die der actio negatoria entgegengesetzte exceptio litis

jam alibi pendentis verworfen und die klagende Gemeinde nicht wenigstens vor allem in den Ersatz der Kosten, die auf den Administrativstreit erlaufen sind, verurtheilt hat.

Allein wenn man erwägt, daß die bei dem kön. Landgerichte Donauwörth gestellte Purificationsklage eine reine administrative Klage ist, und die Purification der Gründe von dem bisher darauf ausgeübten Weiderechte bezweckt, während die gegenwärtige Klage rein civilrechtlicher Natur ist und sich auf die Freiheit und Unbeschränktheit des Eigenthums dieser Grundstücke gründet, kann man nicht verkennen, daß die gegenwärtige Klage eine Vorfrage, die für den bestandenen und noch schwebenden Purificationsstreit präjudiziel ist, enthält, und jedenfalls könnte der Administrativstreit den Civilrechtsstreit nicht hemmen.

Die Verwerfung der Einrede des Kostenersatzes ist Folge der Verwerfung der exceptio litis jam alibi pendentis, mit dem Purificationsstreite schweben bis zum Ausgange des Civilrechtsstreites die auf den Purificationsstreit erlaufenen Kosten, und die actio negatoria kann nicht unter den Standpunct einer Klagenänderung, welche durch den vollen Ersatz des frühern vergeblichen Kosten-Aufwandes bedingt ist, gestellt werden.

Gegen das Beweis-Interlocut beschwören sich beide Gemeinden.

Die beklagte Gemeinde will ohne Beweis-Auflage die Klagende mit der Klage abgewiesen wissen, weil die Urkunde von 1686, worauf sich diese beruft, kein Novum sey und aus derselben erhelle, daß das der beklagten Gemeinde schon 1597 eingeräumte Weiderecht durch den Vergleich von 1686 neuerdings bestättigt worden sey; die klagende Gemeinde will ohne Beweis-Auflage obsiegen, weil die beklagte Gemeinde zugestanden habe, daß sie für die Ausübung der fraglichen Servitut keinen andern Titel habe, als den Vergleich von 1597, und daß also die klagende Gemeinde früher sich des freien Eigenthums erfreut habe, wornach denn die Klage begründet sey.

Im höchsten Falle will sie der beklagten Gemeinde den Beweis der Einrede aufbürden, im äußersten aber den Beweis

des Irrthums in der ihr selbst gemachten Beweisauflage gestrichen wissen.

Allein, die klagende Gemeinde konnte selbst nicht widersprechen, daß die beklagte Gemeinde das Weiderecht auf dem in Frage stehenden Grundstücke mit ihrem (der Kläger) Wissen und Willen ausgeübt habe, sie hat sogar, wie auch schon früher in den Administrativ-Verhandlungen selbst zugegeben, daß sie bisher der Meinung gewesen, die beklagte Gemeinde hätte dießfalls ein jus quaesitum anzusprechen, und nur behauptet, daß sie in einem Irrthume befangen gewesen und daß die beklagte Gemeinde das Weiderecht nur precario modo auszuüben berechtigt war, was sie nun erweisen will.

Die beklagte Gemeinde dagegen hat sich mit den vorliegenden Zugeständnissen der Kläger zu schützen gesucht, das Precarium und die Identität des Grundstücks widersprochen und behauptet, daß die Kläger die Urkunde von 1686 schon längst besessen und ihnen doch ein jus quaesitum eingeräumt hätten, endlich daß das schon durch den Vergleich von 1597 begründete Weiderecht der beklagten Gemeinde neuerlich auf ewige Zeiten befestigt und anerkannt worden.

Wenn man nun erwägt, daß zwar die actio negatoria, indem sie sich in der natürlichen Freiheit des Eigenthums gründet, auf den Beklagten die Beweislast der Servitut wälzt, in dem Fall aber, daß sich derselbe im zehnjährigen Besitze befindet, die praesumtio pro libertate der pro possessione ausweicht, und Kläger beweisen muß, und daß in concreto sowohl in den Voracten als den gegenwärtigen Streitsacten der beklagten von der klagenden Gemeinde ein jus quaesitum auf die Servitut eingeräumt worden, so findet man den Ausspruch des ersten Richters, daß die klagende Gemeinde beweisen soll, daß sie bei den gemachten Zugeständnissen (daß die beklagte Gemeinde auf das Weiderecht in dem Ellgauer Letten jenseits des Lechs ein wirkliches Recht auszuüben habe) im Irrthum befangen, sonach die Gemeinde Münster das fragliche Weiderecht nur precario modo auszuüben berechtiget gewesen sey, der Actenlage ganz angemessen.

Es waltet hier ein error facti vor, der allerdings bewiesen werden kann und muß, weil den Beklagten bisher ein jus quaesitum zugestanden worden ist.

Der Error ist facti, und muß von dem Asserenten bewiesen werden.

Auf welche Art der Beweis geliefert werden will, kann zur Zeit nicht eingegangen werden.

Es mußte aber auch für den Fall, daß die klagende Gemeinde das Precarium erweist, den Beklagten der Beweis der selbstständigen Behauptung und Einrede, daß das schon früher begründete Weiderecht neuerlich auf ewige Zeiten befestiget worden, beim Widerspruche der klagenden Gemeinde zum Beweis ausgesetzt werden, weil hiedurch das Precarium wieder aufgehoben werden könnte.

§ 21.

Nun submittirten beide Theile, und die Gemeinde Münster erklärte probationis loco am 27. April 1833, daß sie den ihr eventuel auferlegten Beweis durch die von den Klägern zu producirende Urkunde vom Jahre 1686, und den hierin erwähnten Vergleich vom Jahre 1597 führen wolle, welche sie jedoch nicht zu besitzen behauptete.

Die Gemeinde Ellgau übergab am 8. April 1833 folgende Beweisschrift:

Den uns auferlegten Beweis treten wir auf nachstehende Weise an.

Das Beweisthema zerfällt in zwei Beweisglieder, nämlich in das Factum der irrthümlichen Befangenheit und des behaupteten Precariums.

Die Gemeinde Ellgau war aus dem Umstande im Irrthume befangen, weil sie die mit der Klage vorgelegte Urkunde ddo. 28. März 1686 weder in originali noch in Abschrift besaß.

Die Registratur der ehemaligen Vogtei Ellgau und des Gemeinderaths wurde schon im vorigen Jahrhunderte von den Flammen verzehrt, somit auch alle auf die fraglichen Grundstücke Bezug habenden Papiere und Documente vernichtet.

Nach Ausweis der Purifications-Acten wurde im Monat August 1828 auf dem besagten Letten eine Commission abgehalten, und der vormalige Anwalt Herr Adv. D. erblickte in den Händen der Gemeindeverwaltung Münster oben erwähnte Urkunde, erbat sich dieselbe zur Abschrift, und stellte das Original wieder der Gemeinde Münster zu Handen.

Aus diesem Umstande allein ergibt sich der Irrthum der Gemeinde Ellgau, weil die jetzt lebenden Gemeindeglieder weder von der Existentwerdung derselben, noch sonst etwas wußten, auch nicht wissen konnten, da ihre Briefe durch Unglück zernichtet waren.

Die besagte Urkunde wurde erst am 19. August 1828 copirt und zu den Acten gebracht, und seit dieser Zeit wurde kein Geständniß über ein angebliches Recht der Gemeinde Münster mehr abgegeben.

Was das zweite Beweisglied betrifft, so documentirt der wiederholte Vertrag vom 28. März 1686, daß der Gemeinde Münster nur ein Precarium eingeräumt worden ist, indem es darin ausdrücklich heißt:

„allermassen sie Ellgauer ihnen Hemetern und Münstern hiedurch das wenigste Recht eingeräumt haben wollen."

Durch diesen Vertrag resp. Vergleich ist ausgemittelt, daß der frühere Vertrag vom Jahre 1597 aufgelöst, und Vorstehender ins Leben geführt worden sey.

Hienach articulirten sie, und verlangten zugleich von der Gemeinde Münster die Edition des Original-Vertrags vom 28. März 1686, welche jedoch denselben nicht zu besitzen behauptete, und der sodann im Weisungs-Verfahren in der Registratur des gräflichen Fugger'schen Untergerichts Obernndorf aufgefunden wurde.

§ 22.

Nach durchgeführtem Editions- Weisungs- und Gegenweisungs-Verfahren erkannte das kön. Landgericht Rain am 24. Juli 1835, daß

1. die beklagte Gemeinde Münster von der gegen sie erhobenen Klage zu entbinden sey, und

2. die klagende Gemeinde sämmtliche Streitskosten allein zu tragen habe.

Gründe.

Der klagenden Gemeinde war auferlegt, zu beweisen:

a) daß sie bei dem gemachten Zugeständnisse, daß die beklagte Gemeinde auf das Weiderecht in dem Ellgauer-Letten jenseits des Lechs ein wirkliches Recht auszuüben habe, im Irrthum befangen, und

b) daß diese beklagte Gemeinde das fragliche Weiderecht nur precario modo auszuüben berechtiget gewesen sey.

In ersterer Beziehung sucht die klagende Gemeinde den behaupteten Irrthum bloß darauf zu begründen, daß sie die Urkunde vom Jahre 1686, welche das Precarium beweisen soll, vor dem Jahr 1828 weder in Ur- noch Abschrift besessen, sondern erst in diesem Jahre aus den Händen der Gemeinde-Verwaltung Münster erhalten, und am 19. Aug. 1828 habe copiren lassen, seit welcher Zeit kein Geständniß über ein angebliches Recht der Gemeinde Münster mehr abgelegt worden sey.

Das von der klagenden Gemeinde zu diesem Behufe behauptete Verbrennen dieser Urkunde im vorigen Jahrhunderte wurde durch die benannten Zeugen keineswegs erwiesen; dagegen ergab sich, daß eine Originalausfertigung derselben sich in der Registratur des Patrimonialgerichts Oberndorf befand.

Daß die Gemeinde Ellgau im Jahre 1828 in den Besitz einer Abschrift dieser Urkunde kam, kann der hiefür benannte Zeuge, kön. Adv. D. auch nicht bestimmt bezeugen, sondern nur so viel angeben, daß, so viel er sich entsinne, und wie er sicher dafürhalte, die Gemeinde Ellgau diese Urkunde vor dem Jahre 1828 nicht besessen habe, indem sie ihm sonst dieselbe sicher ausgehändigt haben würde; eben so wenig konnte derselbe bezeugen, daß die Gemeinde Ellgau bei dem gemachten Zugeständnisse im Irrthum befangen gewesen sey.

Was den Gegenbeweis der beklagten Gemeinde betrifft, so ergibt sich zwar aus der angeführten Recursschrift der klagenden Gemeinde vom 17. Februar 1821, daß sie dafürhält,

daß in einem Vertrage d. d. München den 28. März 1686 eine geringe Recognition für das Weiderecht der Gemeinde Münster festgesetzt worden sey, nicht aber, daß sie den vollen Inhalt des der Klage abschriftlich beigelegten Vertrags und insbesondere denjenigen Theil desselben, welcher das Precarium erweisen soll, gekannt habe, noch daß ihr diese Urkunde in beweisender Form bekannt gewesen sey.

Das eventuele Beweismittel der Eideszuschiebung wird nach Erwägung des zweiten Punctes des klägerischen Beweishemas gewürdigt werden.

Hinsichtlich dieses zweiten Punctes (lit. b.) enthält zwar der fünfte Punct des Vertrags vom 30. März 1686 oder vielmehr vom 28. März 1686 „daß, was den Blumbesuch auf den Gründen, Griesern und Madern, so oberhalb der in dem Vertrage vom 21. März 1597 beschriebenen Markgräben und noch vor Augen stehend, auch unlängst erneuerten Ortsaulen gegen Ellgau hin gelegen, anbetreffe, dieser Trieb und Blumbesuch auch Holzschlag sammt all andrer Nutzung ebenmäßigergestalt den Ellgauern zuständig sey, jedoch aber die Hemeter und Münsterer bisher solchen Blumbesuch aber nur aus gutem Willen genossen, und daß es hinfürders auf solche Weis und andergestalt nit, auch so lange es den Ellgauern gefällig seyn würde, annoch dabei verbleiben soll; allermassen sie Ellgauer ihnen Hemetern und Münsterern hiedurch das wenigste Recht eingeräumt haben wollen.“

Allein es ist keineswegs hergestellt, daß der hier bezeichnete Grund der im Streit befangene Ellgauer Letten jenseits des Leches sey, und es könnte nach der G.-O. cap. 11. § 5. Nro. 7. und Anmerkungen diese Stelle des Vertrags schon deshalb nichts beweisen, weil der Vertrag vom Jahre 1597, auf welchen sich darin bezogen wird, nicht vorgelegt worden ist.

Es ist sohin von der klagenden Gemeinde durchaus nicht bewiesen worden, daß die Gemeinde Münster das Weiderecht in dem Ellgauer Letten jenseits des Leches nnr precario modo auszuüben berechtiget gewesen sey.

Einen Gegenbeweis hat die beklagte Gemeinde hinsichtlich dieses zweiten Punctes nicht angetreten.

Was nun den der beklagten Gemeinde zugeschobenen Haupteid betrifft, so sind die in der Eidesformel enthaltenen Thatsachen, daß die Gemeinde Ellgau schon vor dem Jahre 1828 in dem Besitze des Vertrags vom Jahre 1686 gewesen, und daß diese Gemeinde bei den gemachten Geständnissen, daß die Gemeinde Münster auf das Weiderecht in dem Ellgauer Letten jenseits des Leches ein wirkliches Recht auszuüben habe, im Irrthum nicht befangen gewesen sey — offenbar der Gemeinde Münster fremde Thatsachen, sohin so beschaffen, daß dieselbe nicht wohl eignes gutes Wissen davon haben kann.

Auch der weitere Punct, daß nämlich die Gemeinde Münster das in Frage stehende Weiderecht nicht nur precario modo, sondern als ein wohlerworbenes Recht auszuüben berechtigt gewesen und noch sey, ist deßwegen nicht von der Art, daß über denselben eine Eideszuschiebung zulässig wäre, weil wegen Länge der Zeit, vor welcher das behauptete Weiderecht erworben worden seyn soll, und wegen Mangel des Vertrags vom Jahre 1579 auch von diesem Puncte nicht angenommen werden kann, daß die Gemeinde Münster eigenes gutes Wissen davon habe.

Es erscheint daher die Eideszuschiebung nach cap. 13. § 2. nro. 3. der Ger.-Ordn. als unstatthaft.

Da nun also die klagende Gemeinde den ihr auferlegten Beweis weder ganz noch zur Hälfte geliefert hat, noch auch gegen die beklagte Gemeinde ein billiger Zweifel oder Verdacht obwaltet, so war weiter nicht mehr zu untersuchen, in wie weit die letztere Gemeinde den ihr nur eventuel auferlegten Beweis hergestellt habe, sondern die beklagte Gemeinde war nach der Gerichtsordnung cap. 9. § 21. und Anm. von der gegen sie erhobenen Klage zu entbinden.

Zu 2. Die Streitskosten waren nach cap. XVII. § 4. nro. 2 und 3. der Gerichtsordnung der klagenden Gemeinde als verlustigem Theile aufzubürden, da aus den Acten nicht hervorgeht, daß sie redliche Ursache zum Streiten gehabt habe.

§ 23.

Gegen dieses Erkenntniß legte die Gemeinde Ellgau am 27. Aug. 1835 folgende Berufung ein.

1. Das kön. Landgericht nehme als unerwiesen an:

a) daß sich die Gemeinde Ellgau bei den Zugeständnissen, daß die Gemeinde Münster auf das Weiderecht in dem Ellgauer Letten jenseits des Leches ein wirkliches Recht auszuüben habe, im Irrthum befunden,

b) die Gemeinde Münster das fragliche Weiderecht nur precario modo auszuüben berechtiget gewesen sey.

Allein die Erwägung der Umstände, daß in dem Vertrage vom 30. März 1686 ausdrücklich bestimmt ist, daß der Gemeinde Münster nur in so lange die Weide resp. Blumbesuch ausüben dürfe, so lange es der Gemeinde Ellgau gefällig seyn wird, läßt schon im Allgemeinen kein Bedenken übrig, daß die Gemeinde Ellgau bei irgend einem Zugeständnisse eines Rechtes sich im Irrthum befunden habe.

Die Gemeinde Ellgau habe aber auch den Vertrag vom Jahre 1686 weder besessen noch würdigen können, und sofort lägen auch speciele Thatsachen vor, welche den Irrthum der Gemeinde zur evidenten Gewißheit erheben.

Die Gemeinde habe während des Streites auf dem Administrativwege die mehr allegirte Urkunde nicht gekannt, sie sey aber auch in dem Glauben befangen gewesen, daß diese wie alle andern die Gemeinde-Angelegenheiten betreffenden Producte bei dem das Amthaus verheerenden Brande ein Raub der Flammen geworden sey.

Dieser Glaube war irrig, und es sey dem bloßen Zufalle anheimgestellt gewesen, daß der unter der Vogtei Ellgau verfaßte Vertrag in den Archiven zu Oberndorf verwahrt wurde.

Der kön. Adv. D. gebe überdieß noch bestimmt an, daß er im Jahre 1828 als vormaliger Anwalt der Gemeinde Ellgau diese Urkunden zu Handen bekommen habe; mit dieser Aussage harmoniren auch die gerichtlichen Acten und es sey im Zusammenhalte aller Verhältnisse zur Evidenz erhoben, daß Ellgau sich in frühern Zeiten bei Ablegung irgend eines Geständnisses im Irrthume befunden habe. Jeder Irrthum

werde dadurch hergestellt oder rechtlich erwiesen, daß man solche Thatsachen aufzuzählen im Stande sey, welche in ihrer Verbindung den logischen Schluß erzeugen: die betreffende Person habe das nicht sagen oder angeben können oder wollen, was angegeben wurde; oder mit andern Worten, dem wirklichen Factum lag eine fremde Intention zum Grunde, und es ergab sich erst ein Novum, welches den bisherigen Irrthum declarirte.

Wollte überdieß der Beweis des Irrthums nicht als vollständig hergestellt angenommen werden, so releviren die berührten durch Notoritäten und Depositionen entwickelten Thatsachen wenigstens einen halben Beweis, so daß Probantin zum Erfüllungseide gelassen werden müsse.

Die nirgends beanständete Urkunde vom Jahre 1686 lasse kein Bedenken übrig, daß damals jene Fläche den Gegenstand des Vertrages bildete, welche von Ellgau aus jenseits des Leches lag; eben so unbestritten sey, daß die Vertrags-Urkunde von einem der Gemeinde Münster zugestandenen Precarium handle, da die Worte: „so lange es den Ellgauern gefällig seyn wird“ keine andere Interpretation zulassen, als daß den Hemetern und Münsterern eine widerrufliche Befugniß eingeräumt werden wollte.

Das Primgericht habe ein Bedenken gegen die Identität erhoben, welches jedoch durch die actenmäßigen Verhältnisse und den Umstand, daß die Gemeinde Ellgau nur den so genannten Letten als Weideplatz jenseits des Lechs besitze, im Jahre 1686 auch nur die Dissidien wegen der Weide auf dem Eigenthume der Gemeinde Ellgau jenseits des Lechs (dem Gränzlande von Münster) zur Sprache kam, und endlich den Umstand, daß die Gemeinde Münster keinen andern Platz zeigen konnte, welcher allenfalls gemeint seyn könnte, beseitiget sey.

Wer den Vertrag vom Jahre 1686 in seiner ganzen Extension würdige, dem könne auch nicht der mindeste Zweifel aufstossen, daß sich derselbe über die von der Gemeinde Münster auf dem kläger'schen, jenseits des Leches gelegenen eigen-

thümlichen Gehölze, jetzt Ketten genannt, angesprochene Servitut verbreite.

Der angebliche Vertrag vom Jahre 1597 alleterire nicht das Mindeste; denn es beziehe sich der Vergleich vom Jahre 1686 nicht auf denselben als integrirenden Theil, sondern werde nur nebenbei als Nebensache berührt, und in diesem Falle sey es nach der vom Primrichter allegirten Gesetzesstelle nicht einmal nothwendig, daß das bezogene Instrument vorgelegt werde.

Durch den anerkannten Vertrag vom Jahre 1686 sey der verlangte Beweis des Precariums vollständig geliefert, wenigstens aber zur Hälfte hergestellt, so daß die Gemeinde Ellgau zum Erfüllungseide gelassen werden müsse.

Über das Beweismittel des Schiedseides, wenn unzugegeben ermassen nicht vollständiger, oder wenigstens halber Beweis geliefert seyn sollte, habe sich das Primgericht ebenfalls unrichtig geäußert; denn wenigstens sey das irgend einer Gemeinde angeblich zustehende Recht, oder die widerrufliche Befugniß eine Thatsache, von der sie genaue Wissenschaft haben müsse.

Die Länge der Zeit habe an der Zulässigkeit des eventuelen Beweismittels nicht das mindeste geändert, zumal es sich um die Frage handle, ob und auf welche Weise die Gemeinde Münster das in Anspruch genommene Recht jetzt auszuüben berechtigt sey?

Die Gemeinde Münster könne auch dem klaren Inhalte des oft berührten Vertrags gegenüber nicht erhärten, daß sie ein wirkliches Recht zur Ausübung zur Weide habe, und nicht nur auf widerrufliche Weise im Besitze sey.

Ein Precarium werde begreiflich durch die Länge der Ausübung niemals zum Rechte; und da vertragsmäßig die Widerruflichkeit festgesetzt worden sey, und solche gegenwärtig in der Art der Constituirung noch fortdauere, weil eine Novation nicht behauptet werden konnte, lasse sich wahrlich die Zulässigkeit des eventuelen Beweismittels des Schiedseides nicht mehr bestreiten.

Was bezüglich des einen Punctes bemerkt worden, gelte auch bezüglich des andern, da auch die Gemeinde Münster von den den Irrthum bezweckenden Thatsachen vollkommene Cognition habe.

II. Das Primgericht habe sie in die Kosten verurtheilt, weil sie eine redliche Ursache zum Streite nicht gehabt haben sollten.

Dagegen könnten sie auf die sub I. vorgetragenen Momente mit Grund behaupten, daß sie probabilem litigandi causam, gehabt hätten und noch haben; denn:

1) sey durch die aufgezählten Thatsachen der zu verweisende Irrthum so gut als der Umstand erprobt, daß die Gemeinde Münster nur eine widerrufliche Befugniß zur Weide habe;
2) seyen sie keineswegs temere litigantes, sondern sie hätten in dem Gefühle des Rechtes sich von einer Last zu liberiren gesucht, welche ihren ganzen Wohlstand längst absorbirt habe.
3) Sey, wenn per inconcessum nicht ein allgemeines Precarium angenommen werden könnte, doch so viel gewiß, daß die Gemeinde Münster auf dem größten Theile gegen den anerkannten Vertrag ein Recht anspreche, das ihr niemals gebührt habe.

Wenn auf die in actis liegende merita causae reflectirt werde, könne mit Grund wenigstens die Compensation der Kosten erbeten werden, wenn auch das Urtheil gerechtfertigt werden könnte.

Sie bäten daher:

1) daß unter Reformation der erstrichterlichen Entscheidung ganz nach der Klagbitte erkannt werde —
2) eventuel, daß die Gemeinde Ellgau unter Repräsentation des Vorstehers zum Erfüllungseide gelassen,
3) eventualissime, daß der Gemeinde Münster die Ablei-

stung des Schiedseides überbürdet, und endlich,

4) daß im Falle der Bestättigung der Sentenz in der Hauptsache wenigstens die Kosten beider Instanzen compensirt würden.

§ 24.

Hierauf erkannte das Appellations-Gericht des Oberdonau-Kreises unterm 16. Jän. 1836 zu Recht:

1) Die klagende Gemeinde Ellgau habe den Erfüllungseid dahin abzulegen, daß sie bei den gemachten Zugeständnissen, daß die beklagte Gemeinde auf das Weiderecht in dem Ellgauer Letten jenseits des Leches ein wirkliches Recht auszuüben habe, im Irrthume befangen gewesen sey.

2) Die Kosten erster Instanz bleiben vorbehalten, die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden compensirt.

Gründe.

Die klagende Gemeinde Ellgau hat den zweiten Satz des rechtskräftigen Interlocuts vom 2. Juli 1832 II. b., welches lautet:

„daß die Gemeinde Münster das fragliche Weiderecht nur precario modo auszuüben berechtiget gewesen sey,“

durch die in den Beweis-Verhandlungen vorgekommene Urkunde vom 30. März 1686 bewiesen, indem diese als ächt anerkannte Urkunde deutlich die Bestimmung enthält, daß die Gemeinde Münster nur so lange die Weide resp. den Blumbesuch ausüben dürfe, als es den Ellgauern gefällig seyn werde, allermassen den Münsterern durch die bisher in gutem Willen geschehene Gestaltung das wenigste Recht eingeräumt seyn soll.

Diese Urkunde vom Jahre 1686 erwähnt zwar auch einer bereits ältern vom Jahre 1597; allein die erstere ist für sich klar und als selbstständig zu betrachten, sofort ist kein Verhältniß vom Referens zum Relatum hier als der vollkommenen Beweiskraft der Urkunde vom Jahre 1686 entgegenstehend vorhanden.

Auch waltet kein gegründeter Anstand hinsichtlich der Identität des Streits-Objectes ob, indem der besagte Vertrag vom Jahre 1686 eben zu dem Zwecke abgeschlossen wurde, um alle zu jener Zeit über Wasserwehren und andere zwischen

den Gemeinden Ellgau und Münster bestandenen Dissidien und Streitigkeiten aufzuheben, wobei auch insbesondere des Blumbesuchs (der Weide) auf den der Gemeinde Ellgau eigenthümlich gehörenden Wiesmähdern und Höl-zern am Lechfluße ausdrücklich erwähnt ist.

Durch die Allgemeinheit der im Vortrage deßfalls gebrauchten Ausdrücke ist schon das Begriffenseyn des jetzt noch streitigen Districts unter den damals regulirten Dissidien anzunehmen.

Allein denselben lag nebstdem ob, zu beweisen, daß sie bei den gemachten Zugeständnissen über das befragte Weiderecht im Irrthum befangen gewesen sey. Irrthum ist als ein Falschwissen, Falschurtheilen u. dgl., ein innerer Zustand des Individuums, dessen Daseyn, wenn es nicht durch die gewöhnlichen, ordentlichen Beweismittel — was selten der Fall seyn wird — direct und evident hergestellt, doch durch Vermuthungen und Schlußfolgerungen, wo nicht zur Gewißheit, doch zur hohen, eine halbe Probe gebenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann.

Irrthum kann — als ein iñerer Zustand — durch Vermuthung. u. Schlußfolgerungen bewiesen werden.

Das letztere ist im vorliegenden Rechtsstreite der Fall.

Schon im Jahre 1686, sohin vor sehr langer Zeit schon, sind vermöge der im besagten Jahre ausgefertigten Vertrags-Urkunde die Rechtsverhältnisse der streitenden Theile festgesetzt worden.

Daß den folgenden Generationen und insbesondere den spätern jetzigen der Inhalt der Vertrags-Urkunde bekannt geworden und namentlich zur Zeit der in Frage stehenden Zugeständnisse bekannt gewesen sey, kann nicht behauptet werden, besonders wenn die betreffende Parthei die Urkunde nicht besaß, eo ipso also sich über deren Inhalt nicht belehren konnte.

Daß aber die Gemeinde Ellgau die erwähnte Urkunde vom Jahre 1686 in dem befragten Zeitraume nicht besaß, und erst dieselbe während der gegenwärtigen Prozeßverhandlungen zum Vorschein gekommen, geht genugsam daraus hervor, daß

a) vermöge der von dem Herrn Grafen Fugger-Glött in dem Schreiben vom 26. Sept. 1833 gegebenen Aufklärung die besagte Urkunde vom Jahre 1686 erst vor einigen Tagen in der Amtsregistratur zu Oberndorf vorgefunden worden, gleichwie auch diese Urkunde erst wirklich mit besagtem Schreiben vom 26. Sept. 1833 zu den Acten kam;

b) daß erst im Jahre 1828 eine Abschrift der besagten Urkunde dem Anwalte der Gemeinde Ellgau, Adv. D. zu Gesicht kam, ist von diesem verkundschaftet;

c) auch aus der bei dem königl. Staatsrathe eingereichten Recursschrift vom 17. Febr. 1821 erhellet, daß die Gemeinde Ellgau die Vertrags-Urkunde vom Jahre 1686 nicht besessen und den Inhalt derselben nicht gekannt habe, weil sie sonst diesen zu ihren eigenen Gunsten besser, als sie gethan, angewandt haben würde.

Diese Thatsachen berechtigen den Richter allerdings zu der Annahme einer hohen, an Gewißheit gränzenden Wahrscheinlichkeit, daß die Gemeinde Ellgau die gehörige Kenntniß von dem Inhalte der fraglichen Urkunde in der kritischen Zeit nicht gehabt, sofort bei ihren gemachten Zugeständnissen im Irrthume sich befunden habe, und nur weil noch wenig an der vollen Gewißheit dieses Irrthums mangelt, war nach der G.-O. Cap. 13. § 2. Nr. 1. auf das juramentum suppletorium zu erkennen.

Daß übrigens die gegentheilige Beweisführung der Gemeinde völlig mißlungen sey, geht schon daraus hervor, daß sie solche im Wesentlichen auf eine Urkunde vom Jahre 1597 gründen wollte, diese aber ihrer eigenen Erklärung gemäß beizubringen außer Stand war.

Anlangend den Kostenpunct, so wird gegenwärtig die Sache noch nicht definitiv entschieden, der Ausspruch über die Kosten erster Instanz bleibt daher vorbehalten, und bei der reformatorischen Eigenschaft des gegenwärtigen Urtheils müssen die Kosten dieser zweiten Instanz compensirt werden.

§ 25.

Hiegegegen erhob die Gemeinde Münster am 23. Febr. 1836 folgende

Revision.

Der — den Klägern auferlegte Beweis sey in jeder Beziehung gänzlich mißlungen.

Aus dem — im Jahre 1686 abgeschlossenen Vergleiche erhelle, daß zwischen der Gemeinde Ellgau einerseits, und den Gemeinden Hemeter und Münster andererseits ein Streit bestanden habe, welcher sein Daseyn einer Beschwerde der Gemeinde Ellgau wegen angelegter Wasserwöhre zu verdanken hatte, und daß nur ganz gelegenheitlich dieses eigentlichen Streitobjects auch vom Blumbesuch oder Weideausübung die Rede war, worüber sich jedoch in alle Wege auf einen frühern Vergleich von 1597 bezogen wurde.

Nach gesetzlichen Bestimmungen liefern Documente, welche sich auf andere, nicht producirte Urkunden beziehen, keinen Beweis.

Es sey auch nichts so natürlich, als dieses; denn wenn das documentum referens für sich allein vollen Beweis zu liefern vermöchte, so brauchte sich in demselben nicht auf ein anderes bezogen zu werden; allein eben diese expresse Bezugnahme beweise, daß die sich auf ein anderes Document beziehende Urkunde, ohne das bezogene (documentum relatum) nicht vollständig begriffen, verstanden und aufgefaßt werden könne, und aus diesem Grunde habe das positive Gesetz sich dahin ausgesprochen, daß die sich beziehende Urkunde ohne Vorlage und Anerkenntniß der bezogenen schlechterdings nichts zu beweisen vermöge.

In dem vorliegenden Falle gehe zwar judex II^{dae} über diesen gesetzlichen Ausspruch ganz leicht hinweg, und sage: das documentum referens sey für sich klar und selbstständig; allein diese Behauptung sey ganz willkührlich, mithin gesetzwidrig, und durch gar nichts unterstützt.

Man kann auch nicht behaupten, daß die Urkunde von 1686 so klar und deutlich spreche, und das Streitsobject so

genau bezeichne, daß nicht die Vorlage des documenti relati als das dringendste Bedürfniß erschiene, wenn das referens irgend einen Beweis zu liefern im Stande seyn sollte.

Der § 3. des Vergleiches von 1686 spreche von einem — ewig unwiderruflichen Blumbesuche, i. e. Weiderechte der Gemeinde Münster auf einem — der Gemeinde Ellgau gehörigen Grund und Boden, und der § 5. spreche von Ausübung des Blumbesuchs auf einem ganz andern Weideplatze, auf welchem jedoch die Weide nur widerruflich ausgeübt werden dürfe.

In keinem dieser beiden §§ sey das Object genau bezeichnet, denn beide nähmen den Gegenstand, als aus dem Vergleiche von 1597 bereits bekannt an, und setzten die Gewißheit hierüber als ungezweifelt voraus.

Eine solche Gewißheit bestehe aber dermal durchaus nicht, und das kön. Appellationsgericht würde in keine geringe Verlegenheit kommen, wenn es sich kathegorisch darüber aussprechen müße, ob der — jetzt im Streite befangene Weidegrund, der Letten genannt, derjenige sey, auf welchem (nach § 3. das Weiderecht der Gemeinde Münster unwiderruflich sey, oder ob man hierunter jenen zu verstehen habe, auf welchem nach § 5. der Blumbesuch nur precario modo gestattet wurde?

Erwäge man nun noch, daß das Streitobject einen Theil des Lechufers bilde, welches nach der Natur dieses reißenden Waldstromes sich jährlich verändere, und daß sich die Ufer-besitzungen fast in jedem lustro so bedeutend verändern, daß der status pristinus nicht mehr zu erkennen sey; erwägte man ferner, daß der — durch den Vergleich von 1686 beseitigte Proceß nicht bloß gegen die Gemeinde Münster, sondern auch gegen jene zu Hemeter stattgefunden habe, welcher Ort 1 1/2 Stunden oberhalb gegen Süden gelegen ist, so überzeuge man sich, daß das anno 1686 verglichene Streitobject unmöglich das nämliche gewesen seyn könne, von welchem es sich jetzt handle, zumal da die — in dem documento referenti enthaltene Beschreibung den deutlichsten Beweis liefere, daß der im § 5. erwähnte Weidegrund ein ganz anderer gewesen seyn müsse, als der so genannte Ellgauer-Letten.

Letzterer bestehe aus einem ganz neu angeschwemmten Waldgrunde, und es ließe sich geognostisch nachweisen, daß der Letten vor 100 Jahren noch gar nicht bestand.

Die Wiesen und Mähder, deren das documentum referens erwähnt, lägen eine Stunde oberhalb des sogenannten Letten, ganz nahe bei Hemeter und beinahe dem Dorfe Ellgau gegenüber, wo die Ortschafts-Säule stund, und wer nur einige Localkenntniß besitze, müsse den Irrthum des kön. Appellations-Gerichts als in die Augen springend erkennen und könne sich nicht genug wundern, wie man so willkührlich die Identität der im § 5 des Vergleichs von 1686 bezeichneten Weidenschaft mit jener im Letten annehmen, und das deutlichste Gesetz so augenfällig überschreiten könne!

Es sey eine offenbare Verletzung ihrer Rechte, wenn man behauptet, es walte kein gegründeter Anstand hinsichtlich der Identität ob, weil der Vertrag eben zu dem Zwecke geschlossen worden sey, um alle Dissidien aufzuheben.

Diese Ansicht sey nichts weniger als ein logischer Schluß, sondern ein bloßes Meinen, Dafürhalten ꝛc. ꝛc. Den Klägern sey der Beweis auferlegt worden; seit wann sey aber eine bloße, einfache Vermuthung so viel als ein juridischer Beweis? Warum werde nicht die Identität des Streits-Objects auf die im § 3 des Vergleichs von 1686 bezeichnete, der Gemeinde Münster auf ewige Zeiten eingeräumte Weidenschaft bezogen?

Könnte dieses nicht mit eben so gutem Grunde geschehen, als wie bei der Weide im § 5?

Da die Gemeinde Hemeter an der Benützung des Letten niemal einen Antheil hatte und hier niemals Wasserwöhren errichtet waren, so sey es jedem Ortskundigen unbegreiflich, wie man so unbedingt die Identität des Streits-Objectes adoptiren zu können glaubte.

Die Vermuthung spreche dafür, daß die Ortssäule zunächst vor dem Orte stehe oder gestanden sey; allein nach der Ansicht des kön. Appellations-Gerichts werde sie fast eine Stunde Weges vor den Ort hinausgeschoben. Wie ließen sich solche Vermuthungen rechtfertigen?

Auf gleiche Art sey das zweite Glied des auferlegten Beweises mißlungen.

Irrthum sey ein Zustand der Verhinderung, die Wahrheit zu erkennen.

Die Gemeinde Ellgau habe gewußt, daß ein Vertrag vom Jahre 1686 existire; denn sie habe desselben in ihrer Berufungsschrift an den kön. Staatsrath erwähnt. Wenn sie — per inconcessum keine Abschrift hievon besessen haben sollte, so hätte sie entweder trachten müssen, sich dieselbe zu verschaffen, (was bei einem documento communi gar leicht geschehen könne) oder sie hätte sich zu jener Zeit der ausdrücklichen Geständnisse und Anerkenntnisse des Weiderechts der beklagten Gemeinde enthalten sollen. Zwischen Nicht-Wissen und sich Irren sey ein wichtiger Unterschied.

Der Irrthum sey nur denkbar, wenn ein Zustand nachgewiesen werde, welcher den sich Irrenden verhindere, die Wahrheit zu erkennen.

Wo aber, wie hier, die Wahrheit leicht erforscht werden könne, sey eine Entschuldigung wegen Irrthums nicht zulässig; denn sonst könnte jedes Geständniß widerrufen, und der Gegner seines hiedurch erworbenen Rechts wieder beraubt werden.

Wenn die Gemeinde Ellgau in der neuern Zeit ohne mindeste Beschwerlichkeit sich sowohl die Abschrift als das Original des Vergleichs zu verschaffen wußte, so wäre dieses um 10 Jahre früher ganz derselbe Fall gewesen. Wenn sie früher zu nachlässig war, sich den Besitz einer Urkunde zu verschaffen, deren Existenz sie kannte, und wenn sie das längst verjährte Weiderecht der Gemeinde Münster unbedingt anerkannt habe, so sey die Existenz des Irrthums weder ganz noch halb erwiesen.

Der vorliegende Gegenstand sey gar nicht zum Erfüllungseide geeignet, weil dieser ein gutes Wissen von der Sache voraussetze, das hier nicht angenommen werden könne, theils weil die Wenigsten der jetzigen Gemeindeglieder in Ellgau an dem frühern Streite und angeblichen Irrthume Theil hatten, theils weil sie sich eben jetzt so gut oder noch mehr

irren könnten als dortmals, theils und hauptsächlich aber, weil es sich in concreto nicht nur ein streitiges Factum, um eine Erscheinung in der äußern Sinnenwelt handle, welche allein ein Gegenstand des Eides seyn könne, sondern nur einen Zustand der Seele, von welchem man sich keinen reinen, anschaulichen Begriff machen könne.

Wenn irgend ein Gemeindeglied von Ellgau wirklich einen Eid ablegen würde, so geschähe dieses bloß, um sich einen unerlaubten Vortheil hiedurch zu verschaffen.

Solche verführerische Eide dürfe der Richter nicht begünstigen, sondern er müsse sie quovis modo zu verhindern suchen.

Der kön. Adv. D. sey weder als Anwalt der Gemeinde Ellgau geeignet, für diese ein günstiges Zeugniß mit Giltigkeit abzulegen, noch sey seine Aussage von der Art, daß ein Beweis hiedurch geliefert worden wäre. Von derselben Art seyen die übrigen Beweismittel, und es sey also überhaupt durchaus nichts erwiesen worden.

Sie bäten daher:

zu erkennen, daß mit gänzlicher Aufhebung des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses lediglich die sententia I^mae vom 24. Juli 1835 in allen Theilen wieder herzustellen sey.

Adhuc sub judice lis est.

Erkenntnisse und Rescripte.

Mitgetheilt

von

Dr. Dachs,

königl. Advocat zu Vilshofen.

70.

Seine königliche Majestät.

Der s. g. Vogthaber ist e. gutsherrliches, von der Gerichtsbarkeit ganz unabhängiges Gefäll.

Erkennen in Sachen des Frhrn. v. H., Gutsbesitzers von F. ꝛc., gegen den kön. Fiscus wegen Einziehung der Vogtei-Haber-Abgaben zu Recht, der k. Fiscus sey schuldig, den Kläger in den Besitz des eingezogenen Vogthabers von den, in der Klagsbeilage bezeichneten 20 Gütern durch Einweisung und Einpflichtung der Pflichtigen wieder einzusetzen, und demselben den von jenen Gütern seit dem Monat November 1831 allenfalls erhobenen Vogthaber zu vergüten.

Der kön. Fiscus hat die Kosten dieser Instanz zu tragen, welche jedoch außer Ansatz zu lassen sind.

Entscheidungs-Gründe.

Das Edict VI. zur Verfassungs-Urkunde vom Jahre 1818 bestimmt im § 114:

„Daß der Vogt-Haber, wo er Herkommens ist, zu den gutsherrlichen Gefällen gehöre, und die Gutsherrn denselben auch in dem Falle behalten, wenn auch die Gerichtsbarkeit an die königlichen Behörden übergeht.“

Als Guts- und Hofmarks-Herr, welcher Ausdruck nach der Verordnung vom 6. Juni 1807 (Reggsbl. S. 1802. N. 1.) gleichbedeutend ist, wurde in Bayern von jeher Derjenige erachtet, welcher eine Hofmark, das ist, ein adeliches mit der Niedergerichtsbarkeit begabtes, und der Landes-Matrikel einverleibtes Landgut besitzt.

Bar. Kreitmayers Staats-Recht. § 188.

Bar. Klingensberg jus Hofm. cap. 15. Nr. 1.

Diese Hofmarks- oder Guts-Herrn übten seit den ältesten Zeiten bis zum Erscheinen der Constitution von 1818 (nebst andern Privilegien) nicht nur die Niedergerichtsbarkeit theils bei ihren eigenen, theils bei fremden Grundholden aus, sondern viele derselben genossen auch von einzelnen Hofsbesitzern, bei welchen sie weder die Niedergerichtsbarkeit noch die Grundherrlichkeit ausübten, den sogenannten Vogthaber, wegen des Schutzes (*ob susceptum, onus defensionis*, wie Baron Schmid sich ausdrückt,) eine Abgabe, welche aus dem Mittelalter herrührt, wo sich die Besitzer dem Schutze eines Ritters unterwarfen.

Feßmaiers Staatsrecht § 120.

Bar. Schmid ad stat. bav. Tit. 22. Art. 9. Nr. 9.

Durch die im Jahre 1818 erschienene Verfassungs-Urkunde des Königreiches Bayern wurde zwar im Edicte VI. § 28. die Gerichtsbarkeit der bisherigen Guts- oder Hofmarks-Herrn für die Zukunft nur mehr auf die eigenen Grundholden derselben in der Regel beschränkt; allein in dem nämlichen Edicte VI. § 114. wurde diesen bisherigen Guts-Herrn der Vogthaber, wo er von denselben hergebracht wurde, auch noch ferner als ein gutsherrliches Gefäll, selbst für den Fall belassen, wenn auch die Gerichtsbarkeit an die kön. Behörden übergeht.

Der erwähnte § 114 des Edicts VI. spricht sich ganz im Allgemeinen für die bisherigen, nämlich für die beim Erscheinen der Constitution von 1818 bereits bestandenen Guts-Herrn aus; folglich ohne Bezug auf den § 28., durch welchen für die Zukunft die Gerichtsbarkeit der Gutsherrn in der Re-

gel nur mehr auf die eigenen Grundholden derselben beschränkt wurde, und überläßt demnach den Vogthaber, schon wegen der verschiedenen Natur dieser Abgabe, dem Gutsherrn ohne Rücksicht, ob dieser die Gerichtsbarkeit oder die Grundherrlichkeit bei dem Hofsbesitze ausübe oder nicht, genug, wenn bei demselben die Vogthaber-Abgabe bisher hergebracht worden ist; und eben so wenig kommt es auf die Zeit, dann auf die Art und Weise des allenfallsigen Überganges der Gerichtsbarkeit an den Staat an; ob nämlich dieser in Kraft des constitutionelen Edicts sogleich, oder erst in Folge der Zeit durch freiwillige Abtretung an den Staat geschehe.

Da nun von Seite des kön. Fiscus nicht in Abrede gestellt werden konnte, daß Frhr. v. H. Gutsbesitzer sey, und den Vogthaber-Bezug von jeher hergebracht habe, so konnte ihm der Vogthaber gegen die Bestimmung des Edictes VI. zur Verfassungs-Urkunde auch nicht entzogen werden.

Da jedoch dieses von dem kön. Fiscus widerrechtlich geschehen ist, so muß der Kläger wieder in den ihm entzogenen Besitz dieses grundherrlichen Gefälles des Vogthabers nach dem erwähnten § 114 eingesetzt, und ihm der seit dieser Besitzentsetzung vom Monate November 1831 allenfalls vom königlichen Fiscus erhobene Vogthaber vergütet werden.

Es war sonach zu erkennen wie geschehen, und da der kön. Fiscus im Wesentlichen die unterliegende Partei ist, so hat er auch die Kosten dieser Instanz zu tragen.

München, den 26. Mai 1835.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Freyberg.

Fränkl, Secr.

71.

Königreich Bayern, Staatsministerium des Innern.

Der Reichsrath ꝛc. hat in einer Vorstellung vom 25. v. Js. die Bitte zu begründen versucht, daß

a) außer den Grundholden des Staates (in Ansehung deren er sich lediglich seine Rechte vorbehalten müße), und außer der wegen zu weiter Entfernung vom Amtssitze mit der Gerichtsbarkeit allein einzuziehen gewesenen Hintersassen der vormals gräflichen T.'schen Patrimonialgerichte im Unterdonaukreis alle übrigen aus dem Grunde der bisher streitig gewesenen Edelmannsfreiheit eingezogene und noch nicht restituirte selbstständige, oder

b) aus verschiedenen seit dem Jahre 1803 vertheilten Hauptgütern entstandene, so wie

c) die außer den streitig gewesenen, bisher nicht namentlich bestrittenen, dennoch aber wegen des Nichtbesitzes der Edelmannsfreiheit eingezogenen Gerichtsunterthanen mit allen eingehobenen Gefällen und Taxen, Scharrwerksgeldern und Vogteien,

d) sodann von der wegen der edictmäßigen Bestimmungen über zu weite Entfernung vom Wohnsitze mit der Gerichtsbarkeit allein einzuziehen gewesenen Hintersassen, die außerdem noch weiter eingezogenen Gefälle an Scharrwerken und Vogteien unentgeltlich und ohne Abzug einer Tantieme unaufhaltlich wieder herausgegeben werden möchten, bis im petitorischen Streite seiner Zeit anders entschieden seyn werde, und daß den zu Folge der kön. Regierung des Unterdonaukreises sowohl Kammer des Innern als der Finanzen, und durch diese den betreffenden Landgerichten und Rentämtern die geeigneten Weisungen ertheilet werden wollen.

Wenn die Regierung eine Gerichtsbarkeit einzieht, so steht sie dem Gerichtsherrn nicht als Partei, sondern als Staatsgewalt gegenüber, und kann nicht angehalten werden, die eingezogene Gerichtsb. vor dem gesetzl. Nachweise derselben wieder herauszugeben.

Es kann indessen dieses Gesuch in mehrfacher Hinsicht als gesetzlich begründet nicht anerkannt werden.

Wenn auch der königl. Fiscus und dessen Organe dem Imploranten und dem Erblasser seines Sohnes im Partei-Verhältnisse gegenüber gestanden sind, und wenn eben deßhalb die kön. Gerichtshöfe die von den Ersteren ausgegangene Besitzergreifung derjenigen Jurisdictionsrechte, welche den Gegenstand des noch anhängigen Rechtsstreites bilden, für ein Spolium erklärt, und die unverzügliche Restitution angeordnet haben, so können doch weder die einseitigen Einschreitungen der kön. Finanzbehörden in einem Partei-Verhältnisse, noch die hiegegen ergangenen gerichtlichen Erkenntnisse die Staatsgewalt und ihre Organe im Gebiete der innern Verwaltung jener Befugnisse ersetzen, und jener Pflichten entheben, welche denselben rücksichtlich des Vollzuges der Verfassungsurkunde durch grundgesetzliche Bestimmungen übertragen worden sind, und bei deren Ausübung sie, wie das kön. Oberappellationsgericht in dem Rechtsstreite der Gutsbesitzerin von K. zu H. gegen den kön. Fiscus wegen Jurisdictions-Einziehung betr. durch ein Erkenntniß vom 24. Februar zu allem Überflusse selbst anerkannt hat, verfassungsmäßig durch die bürgl. Gerichtshöfe aus dem Grunde nicht gehemmt werden können, weil die Staatsgewalt hiebei als solche, und nicht im privatrechtlichen Verhältnisse, der Betheiligten gegenüber steht.

Nun haben aber die Kreisregierungen K. d. J. nach § 40. des Edictes VI. zur Verfassungsurkunde, und nach § 85. der Instruction vom 17. Dec. 1825 bei den nach den Vorschriften des besagten Edictes zu bildenden gutsherrlichen Gerichten die beizubringende Nachweisung der grundgesetzlichen Erfordernisse zu prüfen, und es ist durch die Anerkennung der Zulänglichkeit dieser Nachweisung die einzuholende kön. Genehmigung und folgeweise die fernere Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit verfassungsmäßig bedingt.

Zu den grundgesetzlichen Erfodernissen gehört nicht nur das in dem § 28. des Edicts VI. bezeichnete Grundbarkeits-Verhältniß, und die in gewissen dort bestimmten Fällen dar-

zuthuende Dinglichkeit des Rechts — dann das in dem § 29. festgesetzte Distanzverhältniß des ständigen Amtssitzes, sondern auch nach den unzweideutigen Vorschriften des § 27. in dem nämlichen Edicte, die Begründung des Rechts der Gerichtsbarkeit in dem Normaljahre 1806, so daß die Nachweisung der blossen Thatsache des Besitzes in jenem Jahre nicht hinreichen kann.

Eben deßhalb ist nun auch die kön. Regierung des Unterdonaukreises K. d. J. berechtigt und verpflichtet, bei sämmtlichen gutsherrlichen Gerichtsformationen in Ansehung jener Hintersassen, über welche die Jurisdiction im Jahre 1806, aus dem Titel der Edelmannsfreiheit ausgeübt wurde, ihre Prüfung auf die Frage auszudehnen, ob in jenem Jahre dem im Besitze gewesenen Gutsherrn das Recht der Edelmanns-Freiheit wirklich zustand? und es darf, wo und in so weit ein Mangel am Rechtstitel sich offenbaret, die Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit zur Aufrechthaltung der Verfassungsurkunde nicht zugegeben werden, bis daß der betheiligte Gutsherr entweder auf dem administrativen Wege durch die Beibringung besserer und genügender Nachweisungen oder auf dem Rechtswege durch ein rechtskräftiges richterliches Erkenntniß das Daseyn und die Zulässigkeit des in dem Normaljahre ausgeübten Rechts dargethan hat.

Eine Ausnahme von diesen unabänderlichen in den §§ 10 — 13. der instructiven Normen vom 15. Nov. 1826 vorgezeichneten Grundsätzen kann bei den gutsherrlichen Gerichten des verstorbenen Reichsrathes ꝛc. nicht stattfinden, und daher auch die gegen die Anwendung dieser Grundgesetze gerichtete Beschwerde des Grafen ꝛc. in so lange nicht berücksichtigt werden, als derselbe nicht einzelne Fälle bezeichnen wird, in welchen die Einziehung der Gerichtsbarkeit ungeachtet der Nachweisung der gesetzlichen Erfodernisse verfügt worden seyn soll.

Eben so wenig kann dem weitern Gesuche wegen Restitution der Gerichtsscharrwerke bei jenen Gerichtshintersassen, über welche die gutsherrliche Jurisdiction wegen des Man-

gels der verfassungsmässigen Erfoderniſſe eingezogen worden ist, entsprochen werden, da diese Scharrwerke nach

Cod. civ. p. II. cap. 11. § 6. und 15.

eine untrennbare Zugehörung der Jurisdiction bilden, und da nach den Bestimmungen des § 114. im Edicte VI. zur Verfassungsurkunde bei erfolgter Einziehung der Gerichtsbarkeit nur der Vogthaber nach den Anmerkungen ad cod. jud. cap. 1. § 22. lit. a. und nach des Frhrn. von Kreitmay'rs bayer. Staatsrechte § 190. lit. e. zu den eigentlichen Jurisdictions-Nutzungen niemals gehört hat, dem Gutsherrn verbleiben soll ꝛc.

München, den 17. Jänner 1828.

Auf Seine königliche Majestät allerhöchsten Befehl.

Graf von Armansberg.

72.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Mit dem Aufhören des Lehens-Verbandes erlösche auch die Gerichtsbarkeit üb. das lehenbare Gut? —

Erkennt das kön. Appellations-Gericht f. den Unter-Donau-Kreis in Sachen der Agnes Gräfin von K., geb. Gräfin v. C., gegen den kön. Fiscus, die Gerichtsbarkeit über fünf Hintersassen-Güter zu E. betr., dermal pcto. spolii zu Recht:

Daß der kön. Fiscus von der erhobenen Spolienklage zu entbinden, die Kosten aber zu vergleichen seyen.

Gründe.

Der kön. Fiscus gesteht zwar zu, daß der Klägerin die Gerichtsbarkeit über fünf Hintersassengüter zu E., in deren Besitze sich dieselbe bis dahin befunden hatte, von der königl. Regierung des U.-D.-K. durch Verfügung vom 20. Sept. 1823 eigenmächtig eingezogen worden sey; allein dessen ungeachtet kann der auf diese Entwehrung gebaute Spolienklage keine Folge gegeben werden.

Nach den Anmerkungen ad cod. civ. p. II. cap. 5. §11. Nr. 6. lit. e. hat nämlich diese Klage dann nicht Statt, wenn das Recht des Spolianten augenscheinlich und offenbar ist, weil nach L. 8. d. de doli mali et met. except. dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

Diese Bestimmung hat hieher volle Anwendung, wie sich aus Folgendem ergibt.

1. Schon in dem organischen Edicte vom 16. Aug. 1812 §181 ist verordnet, daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit rücksichtlich des Gutes auch bei lehenbaren Gerichten dann verloren geht, wenn der Lehenverband aufhöre.

Dadurch ist klar und bestimmt ausgesprochen, daß die mit einem lehenbaren Gute verbundene lehenbare Gerichtsbarkeit erlösche, und an den Staat zurückfalle, wenn der Lehenverband des Gutes aufhöre.

Daraus ergibt sich von selbst die Unrichtigkeit der Auslegung der Klägerin, daß eine lehenbare Gerichtsbarkeit als solche dann noch fortbestehe, wenn auch das Gut, auf welchem sie haftet, aus dem Lehenverbande getreten sey.

Ob diese gesetzliche Bestimmung, wie die Klägerin glaubt, Privatrechte verletze, und andere nachtheilige Folgen habe, — darüber steht den Gerichten keine Cognition zu, indem diese es nicht mit Beurtheilung der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, sondern nur mit der Anwendung der bestehenden Gesetze zu thun haben.

2. Die Klägerin gesteht selbst, daß sie das früher streitige Lehen der fünf Hintersassengüter zu E. in dem im April 1818 mit dem Fiscus abgeschlossenen Vergleiche, als solches anerkannt, und dann durch die Eignungs-Urkunde vom 4. März 1820 zum Eigenthum erhalten habe.

Es trat daher bei ihr ganz der Fall der obigen organischen Bestimmung ein, daß mit dem Aufhören des Lehenverbandes über die fünf Güter zu E. mittels der Allodification, die früher zu dem Lehen gehörige Gerichtsbarkeit über jene fünf Güter für sie verloren ging, und an den Staat zurückfiel.

3. War in dem Vergleiche und in dem nachgefolgten Allodificationsvertrage, wie die Klägerin zu behaupten scheint, dieser Gerichtsbarkeit gar nicht erwähnt, so unterliegt es um so weniger einem Zweifel, daß die obige gesetzliche Bestimmung Anwendung finde, weil dann derselben per pactum nicht derogirt worden ist.

Wäre aber in demselben auch bedungen worden, daß der Klägerin die Gerichtsbarkeit ungeachtet der Allodification der lehenbaren Güter als Lehen oder Allodium verbleiben sollten, so wäre dadurch eine Veräußerung der in Folge obigen organischen Gesetzes an den Staat einmal ipso jure heimgefallen gewesenen Jurisdiction geschehen. Diese Veräußerung wäre aber sowohl nach Art. 3 und 5 der Hauspragmatik vom 20. Oct. 1804, als nach Tit. 2. § 11. der Constitution von 1808 ungiltig und kraftlos gewesen.

4. Der Umstand, daß die Lehenbarkeit der befraglichen fünf Güter zu E. früher streitig gewesen ist, kann die Anwendung obigen organischen Gesetzes nicht hindern, da diese Streitigkeit durch das im Vergleiche erfolgte Anerkenntniß der Lehenbarkeit aufgehört hatte, und da die Bedingung dieser Anerkennung der Lehenbarkeit nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin nicht Belastung der Jurisdiction, sondern nur Bewilligung eines geringen Allodificationsschillings gewesen ist.

5. Das angezogene organische Gesetz spricht zwar in der befraglichen Bestimmung nur von lehenbaren Gerichten, und die Klägerin sucht ungewiß zu machen, ob die Gerichtsbarkeit über die fünf Güter zu E. wirklich lehenbar gewesen sey; allein ohne Erfolg; denn indem sie die Lehenbarkeit der fünf Güter anerkannt hat, hat sie auch die Lehenbarkeit der ihr darauf zugestandenen Gerichtsbarkeit anerkannt, weil diese als ein auf jenen Gütern haftendes Realrecht, als accessorium derselben zu betrachten ist, und daher die lehenbare Eigenschaft wie die Güter selbst, an sich hatte.

Annot. ad cod. civ. p. V. cap. 18. § 62. Nr. 7. lit. b.
Lehenedict vom 7. Juli 1808 § 176.

Dieß muß um so mehr angenommen werden, da die Klägerin selbst nirgends bestimmt behaupten kann, daß ihr die

befragliche Gerichtsbarkeit auf den, als lehenbar anerkannten Gütern in allodialer Eigenschaft zugestanden habe.

St., am 13. Sept. 1825.

Das kön. Oberappellations-Gericht bestättigte obiges Erkenntniß aus den demselben nachgesetzten Entscheidungsgründen mit Verurtheilung der Gräfin von K. in die Berufungs-Kosten und 6 Thaler Succumbenz-Geld.

73.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Die eigenmächtige Einziehung einer solchen, d. h. die Allodification erloschenen Gerichtsbarkeit ist eine Art der Staatsgewalt, und eignet sich nicht zur Cognition der Civilgerichte.

Erkennt das kön. Appellations-Gericht f. den R.-Kreis in der Spoliensache des quiesc. Stadtgerichts-Assessors Karl v D. als Inhabers des Patrimonialgerichts B. gegen das königl. Landgericht N. resp. die Regierung des R.-Kr., K. d. J., Besitzentsetzung bezüglich der Gerichtsbarkeit über die von D.'schen Grundholden zu G. betr. hiemit für Recht, daß Implorant mit der Spolienklage vom 25. Febr. d. J. wie hiemit geschieht abzuweisen, und in die dadurch veranlaßten Kosten zu verurtheilen sey.

Gründe.

Auch angenommen, die vorliegende gegen das Landgericht N. resp. die königl. Regierung des R...-Kreises K. d. J. gerichtete Klage sey gegen den kön. Fiscus angestellt, so stellt sich doch diese Klage nach den eigenen Angaben des Klägers und mit Hinsicht auf die gesetzlichen Bestimmungen über die Competenz bezüglich der Feststellung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit als ganz unzulässig dar. Denn die Regulirung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeiten ressortirt vor die königl.

Kreis-Regierungen. Nach den Klagsbeilagen hat nun die kön. Kreis-Regierung des R.-Kreises die Einziehung der in Rede stehenden Gerichtsbarkeit lediglich aus dem Grunde angeordnet, weil die frühern lehenbaren Objecte, rücksichtlich welcher die gutsherrliche Gerichtsbarkeit ausgeübt worden war, allodificirt worden sind, und der Patrimonialgerichts-Inhaber den Nachweis nicht geliefert hat, daß die Gerichesbarkeit in allodialer Eigenschaft besessen worden sey. Es handelt sich demnach hier von keiner streitigen privatrechtlichen Frage zwischen dem Vasalen und dem Lehensherrn. Das privatrechtliche Verhältniß zwischen dem Vasalen und dem Lehensherrn hat durch die Allodification seine Erledigung erhalten. Es war vielmehr zur Beurtheilung einer staatsrechtlichen Frage über den Fortbestand einer gutsherrlichen Gerichtsbarkeit der Nachweis der früher in allodialer Eigenschaft besessenen Gerichtsbarkeit erfoderlich, und dieser Nachweis war derjenigen Behörde, welche zur Erledigung dieses staatsrechtlichen Gegenstandes competent ist, nämlich der kön. Kreis-Regierung vorzulegen. Gab die kön. Regierung durch ihr Verfahren zu einer Beschwerde Veranlassung, so mag zwar dem Gutsherrn der Recurs an die vorgesetzte Stelle zustehen, keineswegs aber ist in der Anordnung der königl. Regierung daß in Ermanglung des Nachweises der allodialen Eigenschaft der Gerichtsbarkeit diese einzuziehen sey, im Spolium enthalten, wegen dessen im Privatrechtswege vor dem Richter geklagt werden könnte. Implorant ist daher mit seiner Spolienklage abzuweisen, und nach § 4. cap. 17. jud. cod. in die dadurch veranlaßten Kosten zu verurtheilen.

A., am 7. März 1829.

74.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Familien-Seniors Christoph v. D. als Inhaber des Patrimonialgerichts B. gegen das kön. Landgericht N. resp. die königl Regierung des R...-Kreises wegen Besitzes-Entsetzung aus der Gerichtsbarkeit zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellations-Gerichts für den R...-Kreis vom 7. März 1828 aus den solchem beigefügten Enscheidungs-Gründen.

Revident hat die Kosten zweiter Instanz zu tragen, und 6 Thaler Succumbenztaxe zu zahlen.

München, den 18. Juni 1829.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Ritter.

75.

Seine königliche Majestät.

Titulo reali erstreckt sich die Gerichtsbarkeit niemals weiter, als auf die zur Hofmark gehörigen Grundstücke.

Erkennen in Sachen des kön. Fiscus gegen Karl Grafen von Y. auf D. wegen der Gerichtsbarkeit auf dem Forste Oberhart, zu Recht:

Graf v. Y. habe binnen 30 Tagen zu beweisen, daß der Oberhart ein zur Hofmark D. gehöriges Grundstück sey.

Gründe.

I. Da der Graf v. Y. gegen das appellationsgerichtliche Interlocut vom 2. Mai 1828 nicht appellirte, so ist eben so klar, daß ihm die in Anspruch genommene Gerichtsbarkeit auf dem Oberhart zur Zeit noch nicht definitiv zuerkannt wer-

den kann, als es gewiß ist, daß hierorts auf den persönlichen Titel der Edelmannsfreiheit nicht eingegangen werden kann, da dem Revisen der Beweis des Eigenthums des Oberharts, also lediglich ein titulus juris *realis*, zur Ausübung der Jurisdiction von voriger Instanz aufgelegt wurde, und Graf v. Y. sich gegen diese Beschränkung nicht beschwert hat.

II. Titulo reali kann aber Graf v. Y. seine Ansprüche auf die Gerichtsbarkeit in Oberhart nur dann begründen, wenn er erweiset, daß dieser Forst ein zu seiner Hofmark O. gehöriges Grundstück sey; denn

a) die Basis aller Patrimonialgerichtsbarkeit in Bayern ist in der Regel die Ottomanische Handveste von 1311; durch diese und durch die erklärte Landesfreiheit von 1516 haben aber die Stände die Jurisdiction nicht weiter als auf ihren Hofmarksdistrict erlangt. Auf die außerhalb gelegenen einschichtigen Güter erstreckte sich solche vor 1557 nicht. In diesem Jahre erschien der sechzigste Freiheitsbrief, durch welchen die Edelmannsfreiheit, — der persönliche Rechtstitel — zur Ausübung der Patrimonialgerichtsbarkeit in Bayern — eingeführt wurde, von welchem in dem vorliegenden Falle keine Rede ist.

Hieraus ergibt sich

b) daß *titulo reali* die Gerichtsbarkeit niemals weiter, als auf die zur Hofmark gehörigen Gründe gehen, und rechtlich ausgeübt werden konnte, und es verordnet insbesondere das Decret des Churfürsten Maximilian vom 1. März 1641 § 11., daß jene Gründe und Güter, welche der Hofmarks-Herr außer dem Hofmarksdistricte besitzt, nicht gleich für Hofmarks-Pertinenzien zu halten, sondern in dieser Qualität rechtmässig und ausführlich zu beweisen sind.

Aus diesem folgt,

c) daß weder der Beweis des Eigenthums eines Grundstückes hinreiche, um Jurisdictionsrechte jure reali zu begründen, noch daß in dieser Hinsicht eine unfürdenkliche Verjährung eintreten kann, durch welche die Patrimonialgerichtsbarkeit über Gründe, die außer dem Hofmarksdistrict liegen, er-

worden werden könnte; denn da die rechtliche Möglichkeit zum Erwerb der Jurisdicton über solche außer der Hofmark liegende Gründe erst mit dem sechzigsten Freiheitsbriefe anno 1557 eintrat, und früher die Ausübung der Gerichtsbarkeitsrechte auf dergleichen Gründe durch die oben angeführte gesetzliche Beschränkung von selbst de genere prohibitorum war, so läßt sich eine unfürdenkliche Verjährung in dieser Beziehung nicht denken. Sobald es sich daher

d) von dem Erwerb der Patrimonialgerichtsbarkeit *titulo reali* — und nur von diesem kann hier die Sprache seyn — handelt, kömmt es nur darauf an, ob das Grundstück, über welches die Gerichtbarkeit von einem Gutsherrn ausgeübt werden will, ein solches sey, welches als Hofmarks-Pertinenz zu betrachten ist.

Dieses hat Frhr. v. E. in den Eingaben d. d. 10. Juli 1758 und 9. Juni 1759 auch hinsichtlich des Oberharts behauptet; es war demnach den Grafen v. Y. der Beweis hierüber wie geschehen, aufzutragen.

III. Daß dem Grafen v. Y. ein Beweis noch zustehe, unterliegt keinem Bedenken, denn Frhr. v. E. hat mit seiner Eingabe vom 10. Juli 1758 den Beweis mit ausdrücklicher Protestation gegen die Einlassung, nnd wie der Eingang zu den Artikeln bewährt, mit Verwahrung, daß er sich zu keiner überflüssigen Weisung verbinden wolle, angetreten. Derselbe hat auch in der Folge am 9. Juni 1759 nur um Vernehmung der Zeugen *ad perpetuam rei memoriam* gebeten, und diesem Gesuche ist mittels Entschließung vom 25. Juni 1759 deferirt worden, so wie auch der Fiscus in seiner Remonstration vom 18. Juli 1759 ausdrücklich anerkannte, daß die Production und Zeugenverhör bloß ad perpetuam rei memoriam geschehe.

Die auf diese Weise geschehene Beweises-Anticipation des Frhrn. v. E. kann also nicht hindern, auf Beweis zu erkennen, wobei auch das Restitutions-Gesuch d. d. 19. Juni 1787 nichts hindert, da eine Restitution nach obiger Ausführung gar nicht erfoderlich war, und folglich als ein Superfluum nicht schaden kann.

IV. Daß übrigens der von Seite des Fiscus anticipirte Gegenbeweis — der vorbehalten bleibt — nicht von der Art sey, die Negatorienklage desselben sofort anzuerkennen, hat das Appellations-Gericht hinreichend nachgewiesen.

München, den 16. März 1830.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Ritter.

Fränkl, Secr.

Ueber die reale Diensteigenschaft patrimonialgerichtl. Beamter.

Cf. Bd. I. S. 111.

76.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Michael K., Gerichtsdieners bei dem Patrimonialgerichte R., wider den erblichen Hrn. Reichsrath Grafen Maximilian v. G., Pensions und anderer Ansprüche betr., zu Recht, und bestättigen das von dem kön. Appellationsgerichte des vorm. *** Kreises am 9. December erlassene Erkenntniß, so weit dagegen appellirt worden ist, dahin:

„daß der Beklagte Hr. Reichsrath von der wider ihn erhabenen dinglichen Klage vom 20. pr. 24. Jänner 1833 entbunden werde.“

Die Kosten beider Instanzen werden compensirt; der Appelant hat neun Gulden Succumbenzgeld zu entrichten.

Entscheidungs-Gründe.

Michael K., Gerichtsdiener bei dem Patrimger. I. Kl. R., hat gegen den erbl. Hrn. Reichsrath Grafen Maximilian v. G., als den Besitzer des adelichen Landgutes R.,

1. alternative

a) auf Zurückzahlung der, wie er behauptet, von zwei früheren Gerichtsdienern, seinem Schwiegervater und seinem Ehevorfahrer und von ihm selbst für die Verleihung des Gerichtsdiener-Dienstes in den Jahren 1778, 1799 und 1802 an die damaligen Gutsbesitzer gezahlten Recognitionen im Gesammtbetrage von 390 fl. nebst 735 fl. 35 kr. Zinsen, oder

b) auf Entrichtung einer jährlichen Pension zu 133 fl. für sich, seine Ehefrau und Kinder, und

2. auf Zurückzahlung einer von seinem Schwiegervater baar erlegten Dienstcaution von 300 fl. nebst den seit 1827 rückständigen Zinsen Klage erhoben, indem er behauptet, daß ihm diese Foderungen an das Gut R. zustehen; solche ist aber nicht begründet, weil keine der klagbar gemachten Foderungen die Eigenschaft eines Real-Anspruches an das adeliche Landgut R. hat ꝛc. ꝛc.

Die eventuele Foderung einer Pension, welche Kläger auf den Fall seiner Quiescirung für sich, seine Frau und seine Kinder macht, ist gleichfalls eine rein persönliche.

Der Besitzer eines mit dem Rechte zur Ausübung der Gerichtsbarkeit verbundenen Gutes hat zwar, wenn er dieses Recht nicht aufgeben will, ein Gericht zu bestellen — und den zur Unterhaltung desselben erfoderlichen Kostenaufwand zu bestreiten; die Verbindlichkeit hiezu ist aber kein onus jurisdictionis reale, dem ein Recht der bei dem Gerichte angestellten Individuen entspräche, sich wegen des mit ihrem Dienste verbundenen Einkommens an das Gut selbst, oder an die Früchte desselben zu halten.

Kein älteres oder neueres Gesetz hat ihnen dießfalls ein Realrecht, oder auch nur einen Titel zur Erwerbung eines solchen zugestanden.

Nach § 4. c. 20. des jud. cod. gehörten selbst die Salarien der Hofmarksrichter lediglich unter die Currentposten —

und im Hypothekengesetze vom 1. Juni 1822 § 12. ist auch dem Richteramtspersonale bei den Patrimonialgerichten ein Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek für Gehaltsrückstände auf den mit Gerichtsbarkeit verbundenen Gütern nicht eingeräumt.

Hiemit in Übereinstimmung wurden auch in der Instruction vom 23. März 1823 über den Vollzug des Hypothekengesetzes § 16. Abs. 2. Nr. 2. mit Hinsicht auf die Vorschrift im § 135. des Hypothekengesetzes, daß die auf der Sache haftenden Reallasten, welche auf einem specielen Rechtstitel beruhen, nach ihrem jährlichen Betrage im Hypothekenbuche bemerkt werden sollen, die Hypothekenämter belehrt, daß die bei größeren grundherrlichen Besitzungen, oder Gütern gewöhnlichen Ausgaben für das Dienstpersonale an Gerichtshaltern, Gutsverwaltern, Schreibern, Gerichtsdienern u. d. gl. nicht als Lasten anzusehen seyen, welche auf specielen Rechtstiteln beruhen, wenn auch mit diesem Personale besondere Dienstverträge abgeschlossen wurden.

Da hiernach selbst die Herrschafts- und Patrimonialrichter wegen ihrer ständigen Gehalte keine Realklage gegen ihre Gerichtsherrn haben, so stehet eine solche noch weniger den Gerichtsdienern wegen ihres Dienst-Einkommens, oder gar wegen Pensionsansprüchen zu.

Da gleichwohl das kön. Appellationsgericht durch das Erkenntniß vom 9. December 1834 den Herrn Beklagten hinsichtlich der gegen denselben eingeklagten Foderungen selbst von der Klage entbunden hat, so konnte dieses Erkenntniß zwar nicht pure, solches mußte aber aus den angeführten Gründen dahin bestättiget werden, daß der Herr Beklagte von der wider ihn erhobenen dinglichen Klage entbunden werde.

Da Michael K. auf die zuerst gegen den Freiherrn v. P. erhobene Klage durch ein Erkenntniß des kön. Kreis- und Stadtgerichts A. beschieden worden ist, daß er seine Ansprüche gegen den jetzigen Besitzer des Gutes R. geltend zu machen habe, so kann ihm der Vorwurf des muthwilligen Streitens mit Grund nicht gemacht werden, überdem wurde die der

Klage entgegengesetzte fori declinatorische Einrede von dem vorigen Richter mit Recht verworfen, und die Bestättigung des Erkenntnisses in der Hauptsache ist nicht pure geschehen.

Die Kosten beider Instanzen waren daher zu compensiren.

München, den 4. Jänner 1839.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf v. Rechberg, Präsident.

Fränkl, Secr.

77.

Ueber Spolium in Einziehung der Gerichtsbarkeit.

Erkenntniß.

Seine Königliche Majestät.

Erkennen in Sachen K. von H. auf E. gegen den kön. Fiscus, die Einziehung der Gerichtsbarkeit auf den Gütern E. und B. betreffend, zu Recht, und bestättigen das von dem kön. Appellationsgerichte für den * * * Kreis unterm 3. Jän. 1826 erlassene, und unterm 27. v. Mts. publicirte Erkenntniß, mit Verurtheilung des kön. Fiscus in die Kosten der Berufungs-Instanz.

(Appellationsgerichtliches Erkenntniß lautet: „daß K. von H. vor der Hand in den Besitz der streitigen Jurisdiction wieder einzusetzen sey, und der kön. Fiscus seine Rechte in petitorio geltend zu machen habe.)

Entscheidungs-Gründe.

Die Klage des K. von H. gegen den kön. Fiscus wegen Entziehung der Gerichtsbarkeit auf E. war das interdictum recuperandae possessionis oder die actio spolii. Zur Begründung dieser Klage wird

1) der frühere Besitz des Klägers, und
2) die Entwehrung oder gewaltsame Depossession von Seite des Beklagten erfodert (annot. ad Cod. civ. Thl. II. cap. 5.)

Ad 1. Daß der Kläger in dem Besitze der streitigen Gerichtsbarkeit war, — daß sogar noch im Jahre 1820 diese Gerichtsbarkeit von der allerhöchsten Stelle bestättigt wurde, hatte der kön. Fiscus nicht widersprochen.

Ad 2. Eben so konnte der kön. Fiscus nicht in Abrede stellen, daß der Staat diese Gerichtsbarkeit ohne weiters wieder eingezogen habe.

Daß auch gegen den Staat eine solche Spolienklage statt finde, ergibt sich klar aus dem, was die Anmerkungen ad § 11. Cap. 5. Thl. 2. Nro. 4. lit. e. anführen.

Der kön. Fiscus meint jedoch, daß theils aus der Eignungsurkunde vom Jahre 1811 sich das fiscalische Recht klar darstelle, theils, daß die Bestättigung der Jurisdiction illegal und constitutionswidrig geschah.

Allein vor allem ist zu bemerken, daß die Bestimmungen des Cod. civ. Thl II. cap. 5. § 11. Nro. 6. lit. e. in notis, in Verbindung mit der Gerichtsordnung cap. 3. § 4. Nro. 10. genommen werden müssen, wo der Grundsatz des canonischen Rechts klar bestättigt ist, quod spoliatus ante omnia restituendus sit. Auch hat der Kläger in Gemäßheit Nr. 13 et 14. der angeführten Gesetzesstellen gegen das petitorische Eingelenke des kön. Fiscus ausdrücklich protestirt.

Abgesehen von den formelen Gebrechen der fiscalischen Einreden sind dieselben zur Zeit auch in materieler Hinsicht nicht liquid; denn

a) der Staat, wenn er auch die Gerichtsbarkeit im Jahre 1811 einziehen konnte, ließ sie nichts desto weniger wenigstens provisorisch fortbestehen; auch erstreckte sich die Gerichtsbarkeit auf allodiale und lehenbare Bestandtheile der Güter. Die Eignungsurkunde vom Jahre 1811 steht daher der Klage in puncto spolii nicht entgegen.

b) Was die Bestättigung der Gerichtsbarkeit im Jahre 1820 betrifft, so spricht die Staatspragmatik nur von Ver-

äußerungen, welche vom Regenten eigenmächtig unternommen wurden.

Ob dieselbe von den Fällen, wo eine auf dem Gute bereits bestandene Gerichtsbarkeit nur als fortbestehend erklärt wird, besonders wo diese Erklärung des Regenten nach vorläufiger Cognition und Prüfung ihrer Rechtlichkeit von Seite der einschlägigen Administrativstellen geschieht, auch verstanden werden kann, gehört ad petitorium.

Von der kön. Regierung ist nicht zu vermuthen, daß sie nicht nach Pflicht und mit Genauigkeit zu Werke ging, und im concreten Falle hatte selbst das kön. Ministerium, welches die Verhältnisse der Sache mit den gesetzlichen Bestimmungen genau prüfen mußte, die Genehmigung ertheilt, und resp. die kön. Sanction erwirkt.

Es bedarf auch bei dem in possessorio ganz unstatthaften Umstande der Illegalität des Verfahrens der Regierung der Abfoderung der Administrativacten nicht, abgesehen davon, daß der kön. Fiscus in der Duplik hievon selbst abstand.

Die nachtheiligen Folgen, welche aus den abwechselnden Verpflichtungen der Unterthanen entstehen, müssen sich die administrativen Stellen selbst zuschreiben.

Hiernach mußte daher das kön. appellationsgerichtliche Urtheil bestättiget, und da der kön. Fiscus keinen Grund zu einer Beschwerde gegen den Ausspruch der vorigen Instanz hatte, er auch in die Berufungskosten verurtheilt werden.

München, den 24. October 1826.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) v. Mann, Präsident.

Secr. Fränkl.

78.

Ueber den Einfluß der Spec. Inquisition auf den Gehalt eines Beamten.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache des vormaligen Landgerichts-Assessors wider den kön. Fiscus wegen Gehaltsschmälerung zu Recht:

der kön. Fiscus sey von der gegen ihn gestellten Klage zu entbinden.

Die Kosten der I. und II. Instanz werden compensirt, bleiben jedoch außer Ansatz.

Entscheidungs-Gründe.

Das constitutionele Edict über die Verhältnisse der Staats-Diener verordnet A. im § 5., die Besoldungen des activen Dienstes zerfallen in zwei Bestandtheile, in den Gehalt des Standes, und in den Gehalt des Dienstes.

Im § 6 bis 8. wird bestimmt, wie die Ausscheidung dieser Bestandtheile geschehen soll, insbesonders setzt der § 7. fest, daß, wenn der Gehalt blos in einem Hauptgeldbezug besteht, im ersten Jahrzehent des Dienstes 7 Zehenttheile als Standes- und 3 Zehenttheile als Dienstes-, dann im zweiten Jahrzehent 8 Zehenttheile als Standes- und 2 Zehent-Theile als Dienstesgehalt anzusehen seyen u. s. w.

B. Die § 9 — 16. handeln von dem Verlurste des dienerschaftlichen Standes und des Gesammtgehaltes, und enthalten die Bestimmung:

daß der dienerschaftliche Stand und der Gesammtgehalt nur nach vorhergegangener Untersuchung und in Folge richterlichen Erkenntnisses verloren werden können. Wie es bei erkannter Special-Untersuchung gehalten wer-

den soll, darüber erweiset der § 17. des Edicts auf das Strafgesetzbuch mit den Worten hin:

„Die Folgen der erkannten Special-Untersuchung sind im Strafgesetzbuche ausgesprochen.“

Nachdem nun auf die angeführte Weise

a) in den angeführten §§ 5 — 8. des Edicts die Natur der Besoldung eines Staatsdieners und ihre Bestandtheile überhaupt angegeben sind, nachdem

b) in den §§ 9 — 17. die in Untersuchungsfällen und über den gänzlichen Verlurst der Besoldung geltenden Normen aufgestellt sind, wird

c) in den §§ 18, 19. ff. von den Rechten des Staatsdieners auf seinen Gehalt, außer dem Falle einer Untersuchung und eines richterlichen Spruches insbesondere von der Quiescirung gehandelt und festgesetzt:

daß außer dem Falle eines richterlichen Urtheils der definitiv verliehene Dienerstand und der Standesgehalt die unverletzliche Natur der Dauer auf Lebenszeit habe, daß aber die Dienstleistung und der Dienstesgehalt widerruflicher Natur seyen, daher, ohne gerichtliche Klage zu begründen, in Folge einer administrativen Erwägung oder einer organischen Verfügung mit Belassung des Standesgehaltes und des Titels, entweder für immer mittels Dimission, oder für eine gewisse Zeit mittels Quiescirung benommen werden können.

Hievon macht jedoch der § 23. hinsichtlich der Richteramtspersonen eine Ausnahme mit den Worten:

„die Vorstände und Räthe der Justizcollegien mit Einschluß der kön. Kreis- und Stadtgerichte verbleiben in ihrer Eigenschaft als Richter in allen Quiescenzfällen im Bezuge des verliehenen Gesammtgehaltes; Landrichter, Landgerichtsassessoren und Actuare behalten ihren fixen Geldgehalt.“

In concreto handelt es sich nicht von einem Quiescenzfalle in Folge administrativer Erwägung u. d. gl., es wird nicht gestritten über die Rechte eines Staatsdieners, sey er Justiz- oder Verwaltungsbeamter, auf seinen Gehalt außer

dem Falle einer Untersuchung und eines richterlichen Spruches, sondern über die Rechte eines Beamten, welcher die Specialuntersuchung unterworfen, von der Anschuldigung durch richterliches Erkenntniß nicht losgesprochen, sondern lediglich von der Instanz entlassen wurde, soll hinsichtlich seines Gehaltes entschieden werden.

Hiefür enthält nicht der § ff. mit dem dazu gehörigen, die Ausnahme für die Richter statuirenden § 23. die Entscheidungsnormen; denn sie sprechen, wie gesagt, von den Rechten der Staatsdiener außer dem Fall einer Untersuchung, sondern nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches ist in Gemäßheit des § 17. des constitutionelen Edicts die Streitfrage zu erledigen.

Das Strafgesetzbuch schreibt aber im Thl. II. B. I. lit. i., welcher Titel das Verfahren bei Verbrechen der Staatsbeamten oder anderer öffentlicher Diener überhaupt zum Gegenstand hat, Art. 437 vor: die Specialinquisition gegen einen Staatsbeamten hat die Suspension von seinem Amte und Dienstgehalte zur Folge.

Art. 440. Im Falle einer blossen Entlassung von der Instanz dauern die im Articel 437. bestimmten Wirkungen der Specialinquisition so lange fort, als nicht der Angeschuldte nach wieder aufgenommener Untersuchung ein verurtheilendes oder lossprechendes Erkenntniß erhalten hat.

Dieser Artikel, so wie der ganze Titel sprechen von allen Beamten, es ist kein Unterschied zwischen Justiz und Verwaltungsbeamten, welche wegen Verbrechen von der Instanz entlassen werden, gemacht, bei allen tritt Kraft des Gesetzes mit der Specialuntersuchung die Suspension vom Amte und mit dieser vom Dienstgehalte ein, und es findet sich kein Artikel, welcher im Falle einer Suspension bei Justiz-Beamten eine Ausnahme festsetzt, wie dieses im § 23. des constitutionelen Edicts in Quiescenzfällen geschieht.

Da nun gewiß ist, daß Kläger im Jahre 1825 wegen Verbrechen der Specialuntersuchung unterlag; da es gewiß ist, daß er wegen Verbrechen nur von der Instanz entlassen wurde, so dauern auch die Folgen fort, bis er ein lossprc-

chendes Erkenntniß im Wege der Wiederaufnahme der Untersuchung bewirkt, und er kann bis dahin auf seinen vollen Gehalt keinen Anspruch machen. Hierzu kommt noch:

1. der § 23. des Edictes, auf welchen sich berufen wird, paßt weder nach seinen Worten, noch nach seinen Gründen auf den gegebenen Fall:

a) Nicht nach seinen Worten; denn er bestimmt, daß die Landrichter, Assessoren in allen Quiescenzfällen ihren bestimmten Gehalt behalten sollen.

Zwischen Quiescenz und Suspension ist aber ein weiter Unterschied. Jene kann von dem Beamten selbst wegen Dienstalter, wegen Lebensalter, wegen physischer Gebrechlichkeit verlangt werden, oder sie geht von der Regierung aus, nnd erscheint als eine von ihr abhängige Maaßregel. Die Suspension hingegen, von welcher hier die Rede ist, tritt kraft des Gesetzes ein, der Beamte, welcher wegen Verbrechens der Specialuntersuchung unterliegt, muß vom Amte entfernt werden, und seine Entfernung hängt nicht von der Willkühr der Staatsregierung ab.

b) Der § 23. paßt auch nicht nach der ratio legis. Diese ist, dem Richter eine unabhängige, die Unparteilichkeit sichernde, von der Willkühr der Quiescirung befreiende Stellung zu verschaffen. Sie fällt weg bei einem suspendirten Beamten, dessen Function in Folge richterlichen Erkenntnisses auf Specialuntersuchung und der besondern gesetzlichen Bestimmung aufgehört hat, und es läßt sich kein Grund einsehen, welcher den Gesetzgeber hätte bestimmen können und sollen, der Richteramtsperson, welche wegen Verbrechens in den Stand der Anschuldigung gesetzt werden mußte, und lediglich von der Instanz entlassen werden konnte, einen Vorzug vor einem andern, sogar nur quiescirten Beamten einzuräumen.

2. Die Behauptung, weil der § 23. des Edictes bestimmt, daß die Justizräthe in allen Quiescenzfällen im Bezuge des verliehenen Gesammtgehaltes verbleiben, und die Landrichter, Landgerichtsassessoren ihren fixen Geldgehalt behalten sollen, so finde die Unterscheidung des Gehaltes in Standes- und

Dienstesgehalt gar nicht statt, und die ganze fixe Geldbesoldung des Assessors sey unter allen Umständen reiner Standesgehalt, kann weder in den Worten des Edicts, noch im Begriffe des Standesgehaltes begründet erachtet werden.

a) Das Gesetz sagt nirgends, daß dasjenige, was den Richtern in Quiescenzfällen verbleibt, ihr Standesgehalt sey.

Es spricht vielmehr vom Gesammtgehalte und fixen Geldgehalte; gerade das Wort Gesammtgehalt umfaßt aber die zwei Bestandtheile, in welche nach § 5. des Edicts jede Besoldung des activen Dienstes zerfällt, in den Gehalt des Standes und den Gehalt des Dienstes, und der § 23. des Edicts schließt demnach weder den angegebenen Unterschied aus, noch ist er mit dem § 5., der allgemein spricht, im Widerspruche; er setzt nur die Ausnahme fest, daß die § 6 und 8. des Edicts bei Richtern in Quiescenzfällen nicht in Anwendung kommen.

b) Daraus, daß in Quiescenzfällen den Richtern ihr Gesammtgehalt — fixer Geldgehalt — verbleibt, folgt schon überhaupt nicht, daß er Standesgehalt sey, und auch außer den Quiescenzfällen verbleiben müsse. Begriffe werden auch nicht nach Ausnahmen gebildet, und der § 23. hat gar nicht die Bestimmung, den Begriff von Standes- und Dienstesgehalt zu geben, dieser muß vielmehr nach den §§ 5 — 10. entwickelt werden, welche von den Eigenschaften des Gehalts des Standes und des Dienstes handeln, und wornach der Begriff des Standes-Gehalts — nicht auf die Quiescenz beschränkt — sich als denjenigen Theil der Besoldung darstellt, durch welchen im allgemeinen die Competenz des Individuums als Glied einer gewissen Classe des dienerschaftlichen Standes gesichert wird, und welcher nur mit dem definitiv verliehenen Dienerstande selbst in Folge eines richterlichen Schuldausspruches verloren werden kann (§ 18. des Edictes). Übrigens hat Kläger seine Klage nach ihren eigentlichen Sinn auf Art. 392. Thl. II. des St.-G.-B. gestützt.

Die Art. 390 — 395. enthalten nämlich die allgemeinen Vorschriften über die Wirkungen der blossen Entlassung von der Instanz, wie sie bei jedem Inquisiten zutreffen, welcher

kein lossprechendes Erkenntniß erhalten hat, und diese im allgemeinen nachtheiligen Folgen hören nach dem Ablaufe von 5 resp. 2 Jahren bei jedem von der Instanz Entlassenen also auch beim Kläger in Gemäßheit des Art. 392, b, c. auf; welche besondere Wirkungen aber die Entlassung von der Instanz noch bei Staatsbeamten habe, und welche Wirkungen nicht aus der blossen Entlassung von der Instanz, sondern zugleich aus den staatsdienerschaftlichen Verhältnissen hervorgehen, darüber besteht eine speciele Verordnung; diese Frage muß nach dieser specielen Verordnung, und kann nicht nach dem Art. 390 — 395., welche von den Subjecten eines Verbrechens überhaupts ohne Rücksicht auf besondere staatsdienerschaftliche Verhältnisse handeln, entschieden werden. Das Strafgesetzbuch ertheilt im Thl. II. Tit. VII. Art. 432 bis 440. über das Verfahren bei Verbrechen der Staatsbeamten singuläre, von den allgemeinen abweichende Bestimmungen, und der Art. 440. l. c. setzt insbesondere hinsichtlich der Entlassung von der Instanz der Staatsbeamten abweichend fest:

> daß im Falle der blossen Entlassung von der Instanz die in Art. 437. l. c. bestimmten Wirkungen der Special-Untersuchung bis zum Erfolge eines verurtheilenden oder lossprechenden Erkenntnisses im Wege der Wiederaufnahme der Untersuchung fortdauern.

Die besondern Wirkungen der Instanzentlassung bei einem Staatsdiener sind daher nicht vom Ablaufe einer bestimmten Zeit, sondern von einem abändernden, durch Wiederaufnahme der Untersuchung bewirkten Erkenntnisse abhängig gemacht; die allgemeinen Wirkungen der blossen Instanzentlassung hören beim Staatsdiener nach dem Ablaufe der im Art. 392. bestimmten Zeiträume auf, die Suspension vom Amte mit ihrer Folge, als eine besondere Wirkung, währt aber fort, bis der Staatsdiener im Wege der Wiederaufnahme der Untersuchung ein lossprechendes Erkenntniß herbeigeführt hat. Auf den Grund der Art. 437 u. 440. Thl. II. des G.-St.-B., welche nach § 17. der IX. Beilage zur Verfassungsurkunde, und nicht des § 23. des erwähnten Edictes

in concreto zur Anwendung kommen, war sohin der Fiscus von der Klage zu entbinden.

Die Kosten I. und II. Instanz wurden bei Verschiedenheit der Erkenntnisse compensirt, bleiben aber auch auf Seite des Klägers, weil er zum Armenrechte gelassen ist, außer Ansatz.

München, den 10. April 1835.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Frhr. v. Welden.

Frankl.

79.

De jure repraesentationis.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Das illegitime Kind einer verstorbenen Mutter kan mit den Geschwisterten der letztern jure repraesentationis in einer angefallenen Erbschaft nicht succediren.

Erkennt das kön. Appellations-Gericht f. d. U.-D.-Kr. in der Streitsache des Häuslers R. zu P. gegen den Bierbrauer Michael M. in L. zu Recht, daß Letzterer von der Klage zu entbinden sey; die Kosten der beiden Instanzen werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

In dem gegenwärtigen Rechtsstreite frägt es sich lediglich darum, ob Joh. R. als außerehelicher Sohn der zweibändigen Schwester des Defuncten, das Repräsentations-Recht in Anspruch nehmen, und auf den Grund desselben den Erblasser mit dessen zweien Geschwisterten beerben könne.

Das kön. Landgericht V. räumte dem Joh. R. auf den Grund des Repräsentationsrechts das Miterbungsrecht ein.

Was sich dafür anführen läßt, ist in den Entscheidungs-Gründen zu jenem Ausspruche enthalten. Es ist richtig, daß, wenn die Mutter des Joh. R. bei dem Tode ihres Bruders noch am Leben gewesen wäre, sie ihn mit ihren Geschwisterten beerbt hätte; es ist ferner auch richtig, daß R. seine Mutter bei dem Mangel legitimer Descendenten beerbte; es frägt sich aber, ob daraus für R., den beiden Geschwisterten des Erblassers gegenüber das Repräsentationsrecht abgeleitet werden könne? Diesem steht entgegen

1) die Bestimmung des Cod. civ. P. III. cap. 12. § 4. Nro. 10.; wo es heißt, daß „Illegitimi oder per rescriptum legitimati nur in Subsidium und bei ermangelnden andern rechtmäßigen Befreundten succediren.

Diese Stelle bezieht sich zwar zunächst auf die Collateralen und deren persönliche Verhältnisse unter sich. Wenn aber der Gesetzgeber unter den Geschwisterten die Illegitimen von der Erbschaft ausgeschlossen wissen will, so will er dieß ohne Zweifel um so mehr bei illegitimen Kindern von Geschwisterten, indem dieselben zu den Collateralen nicht in so naher Verwandtschaft stehen, als deren, wenn gleich außerehelich erzeugte Geschwisterte.

2) Es ist zwar, wie in den erstrichterlichen Entscheidungs-Gründen angeführt ist, richtig, daß in den gesetzlichen Bestimmungen über das Repräsentationsrecht von den Illegitimen nichts erwähnt ist; allein es war dieses auch nicht nothwendig, indem auch bei diesen allerdings alsdann das Repräsentationsrecht eintritt, wenn dieselben überhaupt erben können. Dieß wäre namentlich der Fall, wenn z. B. Jemand stürbe, einen illegitimen Bruder und einen illegitimen Sohn einer Schwester zurückließe. Hier könnte letzterer allerdings die Hälfte der Erbschaft, und zwar jure Repraesentationis in Anspruch nehmen. Allein dieses Recht muß nothwendig alsdann wegfallen, wenn die alle illegitime Collateralen aus-

schließende gesetzliche Bestimmung ihre durchgreifende Wirkung äußert.

Aus diesen Gründen mußte das Erkenntniß I^mae abgeändert und der Beklagte von der Klage entbunden werden.

Die Kosten beider Instanzen werden compensirt, da der Richter I^mae für R. entschieden hat, und diesem überhaupt kein Streitsmuthwille zum Vorwurfe gemacht werden kann.

St. den 19. August 1831.

Kön. Appellations-Gericht für den *** Kreis.

Frhr. v. Branka.

Sieghart, Secr.

80.

Erkenntniß.

Seine königl. Majestät.

Erkennen in der Streitsache des Johann R. Häuslers in P., gegen Mich. M., Bierbrauer in L., wegen Erbrechtes, zu Recht, und bestättigen das vom kön. Appellations-Gerichte des U.-D.-Kr. am 19. Aug. 1831 gefällte, und am 23. Sept. eröffnete Erkenntniß. Revident hat sechs Thaler Succumbenz-Geld zu bezahlen.

Entscheidungs-Gründe.

Mit Bezug auf die dem Erkenntnisse des kön. Appellations-Gerichtes beigefügten Entscheidungs-Gründe wird noch besonders Folgendes bemerkt:

Wenn auch dem R. das Repräsentationsrecht bei einer Intestaterbfolge wirklich zustünde, so liegt doch eine solche hier nicht vor; — denn die Erbfolge der Geschwister des Erblassers trat hier in Folge der von ihm

in dem mit seinem Weibe geschlossenen Heirathsvertrage enthaltenen Disposition ein, welche, wie es im Protocolle vom 2. Juli 1830 nicht widersprochen, in der Berufungs-Nebenverantwortung aber bestimmt anerkannt ist, darin bestand, daß bei dem kinderlosen Ableben des Erblassers die Hälfte seines Vermögens seinen nächsten Anverwandten zufallen soll.

Nach Cod. civ. P. III. cap. 12. § 1. Nr. 4. 5. ist nun verordnet, daß zwar das jus repraesentationis eben nicht in successionibus ab intestato allein, sondern auch in Testamenten, und andern Dispositionibus inter vivos et mortis causa Statt finde, wenn der Befreundten hierin mit solchen Worten erwähnt wird, daß sie sich auf Art und Maaß, wie es bei successionibus ab intestato gewöhnlich ist, vertheilen sollen, z. B. verba: „Meinen Befreundten, welche mich sonst geerbt hätten," — oder meinen nächsten Brfreundten, und Erben. — Ein anderes sey es hingegen, wenn der nächsten Befreundten überhaupt, ohne daß diese Worte „Erben" — oder — „die mich sonst geerbt hätten," mit beigesetzt sind; — denn da hat das jus repraesentationis nicht mehr Statt, sondern der Nähere im Grade schließt den Weitern allzeit aus. —

Eben dieses ist auch in den Anmerkungen zu cap. 3. § 9. Nro. 6. enthalten.

Da nun die angeführte Disposition bloß die nächsten Befreundten des Erblassers überhaupt zur Erbfolge beruft, ohne daß die erwähnten eine Intestat-Erbfolge bezeichnenden Worte beigefügt sind, und R. dem Erblasser entfernter verwandt ist, als der Beklagte, so kann er auch ein jus repraesentationis nicht geltend machen.

München, den 23. Nov. 1833.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden. Frankl.

81.

Ministerial-Rescript.

Königreich Bayern.

Staats-Ministerium der Justiz.

2c. 2c. 2c.

In welchem Sinne sind die 2 Jahreszinsen zu verstehen, von denen der § 12. Nr. 11. des Hypothek.-Gesetzes spricht?

V. Ferner haben sich Anstände darüber erhoben, wie die sich zu widersprechen scheinende Stellen den Hypotheken-Gesetzes § 12. Nr. 11. dann § 43. unter einander zu vereinigen seyen?

Im Wege der doctrinelen, unverkennbar richtigen Interpretation, welche selbst durch die Verhandlungen der Stände-Versammlung vom Jahre 1822 unterstützt wird, läßt sich die Vereinigung dieser Stellen in folgender Art bewirken.

Nach § 42. des Hypotheken-Gesetzes, von welchem ausgegangen werden muß, haben bedungene Zinsen von Hypothekschulden, welche als verzinslich im Hypothekenbuche eingetragen sind, für das laufende und nächst vorhergegangene Jahr das Hypothekenrecht kraft des Gesetzes eben so, wie die mit Hypothek versehene Hauptschuld.

Jeder nachstehende Hypothekgläubiger also, dem ein anderer Gläubiger im Hypothekenbuche z. B. mit 1000 fl. voransteht, muß die Sache so betrachten, als ob 1) die Hauptforderung des andern zu 1000 fl., dann 2) zweijährige Zinsen mit 100 fl., also 3) im Ganzen 1100 fl. ihm vorstehend im Hypotbekenbuche eingetragen wären.

Hiemit stimmt auch die Prioritäts-Ordnung § 16. Abs. 2. vollkommen überein.

Da nun der vorstehende Gläubiger dieser zweijährigen Zinsen wegen das Hypotheken-Recht kraft des Gesetzes, und zwar mit gleicher Priorität, wie wegen der Hauptschuld, ge-

nießt, so wäre es höchst unnöthig gewesen, ihm wegen eben dieser zweijährigen Zinsen im § 12. Nr. 11. des Hypotheken-Gesetzes erst noch einen gesetzlichen Titel zur Hypothek zu verleihen; auch würde der Gläubiger sich sehr schaden, wenn er eben dieser zweijährigen Zinsen wegen eine Hypothek für sich erst eintragen lassen wollte, da er schon eine Hypothek hat, und durch den neuen Eintrag die Priorität derselben verlieren würde.

Die nothwendige Folge ist, daß die zwei Jahre, von denen § 12. Nr. 11. spricht, in einem ganz andern Sinne genommen, und zwar

1) nur in Ansehung der Verzugszinsen — von den letzten zwei Jahren,

2) in Ansehung der bedungenen Zinsen aber von denjenigen zwei Jahren, welche den zwei letzten vorangehen, d. h. von den Zinsrückständen für das dritte und vierte Jahr rückwärts — verstanden werden müssen.

Auf solche Art hat jeder Hypothekgläubiger

a) für bedungene Zinsen für das letztlaufende, und nächst vorhergehende Jahr ex lege eine gleiche Priorität, wie die Hauptfoderung genießende Hypothek;

b) für bedungene Zinsen des dritten und vierten Jahres rückwärts aber, so wie für Verzugszinsen in Absicht auf das letzte laufende, und nächst vorhergehende Jahr bloß einen gesetzlichen Titel zur Hypothek, deren Priorität erst nach dem Tage der wirklichen Eintragung berechnet werden muß.

2c. 2c. 2c.

München, den 22. Febr. 1824.

82.

Ueber Kauf=Vertrag.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der Jacob M.'schen Eheleute von H., gegen Dominicus A., Wirth von L., und Balthasar K., Ledermeister von G., Vertrags=Erfüllung betreffend, zu Recht:

Daß die unterm 4. Jän. 1834 unter den Theilen zu Stande gekommene Übereinkunft ein Kauf=Vertrag sey.

Die Kosten beider Instanzen werden compensirt.

Entscheidungs=Gründe.

In der unter den Theilen zu Stande gekommenen von denselben anerkannten protocollarischen Übereinkunft vom 4. Jän. 1834, welche bei der wechselseitigen übereinstimmenden Einwilligung die Gränzen von Tractaten überschreitet, liegen die wesentlichen Merkmale eines Kaufes, Einwilligung, Waare und Kaufpreis, ohnerachtet die Normen des Rechtsgeschäftes, wie es scheint absichtlich umgangen, und dasselbe mit Modificationen versehen wurde, unverkennbar vor.

Die M.'schen Eheleute überließen nämlich den Beklagten ihr gesammtes liegendes und genau specificirtes bewegliches Eigenthum. Hiefür erklärten sich A. und Consorten verbindlich, 9400 fl. an die M.'schen Eheleute zu bezahlen,

Daß jene überlassene bewegliche und unbewegliche Habe in das Eigenthum des A. und Consorten übergehen, und daß die 9400 fl., wofür sie zu haften sich erklärten, für diese Übereinkunft bezahlt werden sollten; diese wahre Absicht der Paciscenten erscheint deutlich aus dem Inhalte des erwähnten Vertrages, dann

1) A. und Consorten machten sich anheischig die 9400 fl. in jedem Falle, sie möchten mehr oder weniger aus dem partielen Verkaufe des Gutes erlösen, zu bezahlen. Es wurde nicht einmal wie beim Trödelvertrage bedungen, daß, wenn obige Summe mit dem theilweisen Verkaufe nicht erlöst werde, das Gut den M.'schen Eheleuten zurückgegeben werden soll.

Ganz unabhängig von dem Resultate der Zertrümmerung und von dem durch den theilweisen Verkauf möglichen Erlöse wurde vielmehr die Bezahlung dieser 9400 fl. hinsichtlich der Zeit einzig und allein von der Bedingung abhängig gemacht, daß die M.'schen Eheleute sich anderswo angekauft haben werden.

2) In der den Käufern zur Bedingung gemachten Zertrümmerung des ganzen Gutes liegt aber gerade das Merkmal der Überlassung desselben zum Eigenthume.

Denn so wenig es dem Kaufe an wesentlichen Merkmalen gebricht, wenn dem Käufer der Wiederverkauf der erkauften Sache oder irgend eine andere Beschränkung des Eigenthums zur Bedingung gemacht wird, so liegt vielmehr in dieser ihrer, wie nach dem Inhalte des Vertrages mit Zuversicht anzunehmen ist, ohne Einwirkung des Verkäufers, also im eigenen Namen ertheilten Befugniß zum partielen Verkaufe selbst dersicherste Beweis der Übertragung der Eigenthumsrechte, weil A. und Consorten nichts auf Andere hätten an Rechten übertragen können, was sie nicht selbst besessen haben, weil es gar nicht darauf ankommt, wie lange Jemand Eigenthümer einer verkauften Sache ist, und weil bei einem bloßen Mandatverhältnisse, wie nach der Entschließung der fürstlichen Domainen-Ober-Administration vom 27. Febr. 1834 nicht zu bezweifeln ist, es überflüssig gewesen wäre, wegen der Laudemialpflicht sich an die Grundherrschaft zu wenden.

3) Von einem Mandatverhältnisse kann auch darum keine Rede seyn, weil nach dem Vertrage den M.'schen Eheleuten nur um die Erlangung der 9400 fl. zu thun war, die Beklagten mochten hiebei gewinnen oder verlieren.

Sie hatten über das Geschäft der Zertrümmerung keine Rechnung zu stellen, den Erlös nicht den M.'schen Eheleuten einzuhändigen, sondern für sich zu behalten, auch nicht das Gut, falls aus dem ganzen Geschäfte nichts würde, zurückstellen.

Alles dieses ist mit einem Mandate als contractu mere benefico et gratuito unvereinbarlich.

Denn nach Fr. 10. § 8 et 9. dann Fr. 20. p. D. mand. und Cod. civ. 9. § 5. Nr. 4. darf sich ein Mandatar keinen Gewinn (er seye bestimmt, oder wie hier unbestimmt) zueignen, er muß seinem Gewalthaber einliefern, was er von Commissionswegen oder auch nur mit Gelegenheit derselben sowohl mit als ohne oder gar wider Willen des Mandatars an sich bringt.

In dem Mandate ist nicht nothwendig, daß die Sache ihrem wahren Werthe nach bestimmt geschätzt werde. Daß aber hier eine Taxation venditionis causa geschehen, läßt sich gar nicht bezweifeln Bei dem Mandate genügt es, wenn dem Empfänger nur bedeutet wird, er solle sehen, wie hoch er die Sache anbringen könne. Bringt er die Sache nicht an, so ist er berechtigt, dieselbe dem Mandanten zurückzugeben, wovon wie erwähnt, hier gerade das Gegentheil stipulirt wurde.

4) Die Ausdrücke „Unterhändler und Hafter" können nichts relevіren, denn abgesehen davon, daß der Satz plus valet quod agitur etc. in Anwendung käme, so ist hier nicht von dem den Unterhändlern gewöhnlichen Geschäften, Käufer aufzubringen, sondern von dem, Kaufe abzuschließen die Rede, und es ist selbst bei Unterhändlern nichts ungewöhnliches, daß Contracte, wodurch das Eigenthum des Objectes auf sie übertragen wird mit ihnen abgeschlossen werden, wie beim Trödelvertrage immer der Fall ist.

Das Wort haften bezeichnet hier kein accessorisches Pactum z. B. Bürgschaft für die Parzellen-Käufer, sondern es ist so viel: Beklagte verbinden sich, 9400 fl. an die Kläger nach Abzug der liegen bleibenden Schulden baar zu bezahlen,

es möge der Erlös aus den theilweisen Verkäufen betragen, was er immer wolle.

5) Daß keine locatio Conductio operarum vorhanden, ist bereits in den Entscheidungs-Gründen zum appellationsgerichtlichen Erkenntnisse hinreichend erörtert.

Der Ausspruch hinsichtlich des Kostenpunctes ist durch die Ger.-Ordn. Cap. 17. § 4. gerechtfertigt.

München, den 30. September 1835.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

Frhr. v. Welden, Präsident.

Fränkl, Secr.

83.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc.

Erkennt das k. Appellations-Gericht für den U.-D.-Kr. in der Streitsache des kön. Fiscus gegen Joseph K. Realitätenbesitzer zu H. wegen Handlohns, das Erkenntniß des kön. Landgerichts St. vom 17. August publicirt 23. Sept. 1835 abändernd zu Recht:

I. Der vom Beklagten Jos. K. und Cons. mit den Michael M.'schen Bauerseheleuten von R., hinsichtlich ihres Anwesens daselbst im Jahre 1826 beim k. Landgerichte D. abgeschlossenen Vertrag sey für einen Kaufvertrag zu halten, und Jos. K. sey schuldig, die herkömmlichen Laudemien und übrigen Gebühren, so wie die Verzugs-Zinsen zu bezahlen.

Entscheidungs-Gründe.

Ad 1) Am 19. Juni 1826 schlossen Michael und Anna M., Bauerseheleute zu R., beim kön. Landgerichte D. mit Jos. K., damaligen Wirth und Geometer zu S., und mit Jos. W., Realitätenbesitzer zu St,, der inzwischen mit Tod abging, einen Vertrag in der Art ab, daß erstere den letzteren ihr ganzes Anwesen, sammt Vieh, Fahrniß und Fond angeblich zur Zertrümmerung überließen, und versprachen ihm für Mühe, Zehrung und Zeitverlurst 5 fl. von jedem Hundert des Erlöses, und die sich ergebenden Leihkaufs-Gelder zu überlassen, K. und W. aber sich dagegen verbindlich machten, für dieses ganze Anwesen sammt Zugehör den M.'schen Eheleuten die Summe von 5200 fl. zu verschaffen, den Mindererlös ex propriis zu ersetzen, den Mehrerlös aber zur Bestreitung des Zertrümmerungs-Honorars — und aller Kosten und Auslagen zu verwenden — und den Überschuß mit den M.'schen Eheleuten gleichheitlich zu theilen.

Unterm 24. Juli 1826 schlossen die Mich. M.'schen Eheleute mit Jos. K. und Jos. W. einen weitern Vertrag dahin ab, daß erstere von ihrem abgetretenen Anwesen mehrere Immobilien um 3000 fl. an Zahlungsstatt wieder an sich brachten, und hinsichtlich des Überschusses des Mehrerlöses für ihren Antheil mit der Abfindungssumme von 200 fl. sich zufrieden stellten. Zugleich bestättigten sie den Empfang von 150 fl. Vorschuß der Abschlagszahlung.

Am 18. Aug. 1826 gaben Mich. M. und Jos. K. ihre weitere Übereinkunft dahin zu Protocoll, daß M. von K. und W., die ihm sein Anwesen abgekauft haben, und zu zertrümmern gedenken, nachbezeichnete Grundstücke als Eigenthum wieder zu sich nehmen, und zwar um die Summe von 525 fl. als 1. die zwölf Pifange Acker ꝛc., und daß Jos. K. die Kaufsumme an dem Guthaben des Mich. M. bei dem Bauer Jos. D. zu S. sich anweisen lasse.

Am 20. Dec. 1826 zeigte nunmehr der allein handelnde Jos. K. die Käufer der zertrümmerten Parzellen des M.'schen Hofgutes zum Behufe der Kaufs-Protocollirung an, und am

25. Febr. 1828 berechnete sich L. mit Mich. M., und wies sich über die Entrichtung von 5400 fl. Kaufschilling, nämlich 5200 fl. Abtrümmerungsschilling, und 200 fl. Abfindungssumme für den Mehrerlös aus, womit M. zufrieden war.

Aus diesen Verhandlungen geht klar hervor, daß der vom Beklagten Jos. L. u. Cons. mit den Mich. M.'schen Bauers-Eheleuten im Jahre 1826 abgeschlossene Vertrag kein Mandats- sondern ein zur Umgehung des Handlohnes verschleierten reiner Kaufs-Vertrag, und Jos. L. also schuldig ist, vom erkauften M.'schen Hofgute, das zum k. Rentamte erbrechtsweise grundbar ist, die gefoderten herkömmlichen Laudemien nebst übrigen Gebühren zu bezahlen.

Ein Vertrag nämlich, in dem ein Contrahent das Eigenthum einer Sache abtritt, und der andere sich verpflichtet, hiefür eine bestimmte Summe zu bezahlen, ist ein Kauf.

Im Vertrage vom 19. Juni 1826 ist die Sache bestimmt, die als Eigenthum an einen Andern übergehen soll, die Person, auf die es übergehen soll — und der Preis, um den das Eigenthum an den Andern übergehen soll; es ist also an dem Daseyn eines Kaufs-Vertrages nicht zu zweifeln.

Die Ausdrücke in den Protocollen, die für einen Vollmachtsvertrag zu sprechen schienen, tragen das Gepräge der Simulation zu deutlich an der Stirne, als daß sie an der Natur des versteckten Kaufvertrages etwas abzuändern vermöchten. Es fehlen dem Rechtsgeschäfte die wesentlichen unterscheidenden Merkmale eines Mandats-Vertrages nach gesetzlichen Erfodernissen ganz und gar. Die M.'schen Eheleute hatten bei der Zertrümmerung ihres Anwesens kein Interesse mehr, es geschah solche auf Wag- und Gefahr des Jos. L. und Cons., die sich sogar verpflichteten einen Mindererlös ex propriis bestreiten zu wollen, um den bedungenen Kaufschilling den Verkäufern zu sichern, und die den letztern sogar den noch ungewissen Mehrerlös vor der Zertrümmerung in einer Abfindungs-Summe von 200 fl. bezahlten, um dann frei mit dem Anwesen verfügen zu können.

Es ist im Vertrage nicht festgesetzt worden, zu welchen Preisen die Parzellen verkauft werden sollen, was gewiß ge-

schehen wäre, wenn die M.'schen Eheleute als Vollmachtgeber über ihren Gutscomplex hätten frei verfügen können, als wenn sie noch Eigenthümer gewesen wären.

Die M.'schen Eheleute haben dem Jos. L. und Cons. ihr ganzes Anwesen um den bestimmten Preis von 5400 fl. zur freien Disposition überlassen, Abschlags-Zahlung davon erhalten, und selbst wieder einen Theil ihres Anwesens an sich gekauft; es waren also L. und Cons. die neuen Eigenthümer und Besitzer des M.'schen Hofgutes. Die vor sich gegangene Besitzveränderung unterliegt keinem Zweifel, denn der Mangel der Übergabe des Guts — der Besitzergreifung, und der Guts-Extradition, oder des Aufziehens auf das Gut ist nicht vorhanden, und würde übrigens eben so wenig für den Mandats-Vertrag, oder für die Lossprechung des Beklagten von Bezahlung der Laudemien sprechen. Wenn L. nicht Eigenthümer und Besitzer des M.'schen Hofguts gewesen wäre, so würde er nicht befugt gewesen seyn, die erwähnten Veräußerungen davon vorzunehmen.

Überdieß würde der fragliche Vertrag, mittels welchem das Eigenthum des M.'schen Anwesens auf L. und Cons. kam, zu den Consensual-Verträgen, die ohne wirkliche Übergabe der Sache durch bloße beiderseitige Einstimmung vollzogen werden, gerechnet werden können, also wieder ein wirklicher Kauf-Vertrag anzunehmen seyn. Es mußte daher das erstrichterliche Erkenntniß vom 17. Aug. publ. 23. Sept. 1835, durch welches der beklagte L. auf den Grund eines Mandats-Vertrages von der Klage entbunden wurde, abgeändert, und das Rechtsgeschäft für einen Kauf-Vertrag erklärt, sofort die Zahlungs-Verbindlichkeit des Beklagten ausgesprochen werden.

Cod. civ. P. IV. Cap. 3. § 1 et 9. c. 7. § 11 et 1. e. 9. § 1. P. II. c. 3. § 7 et 6. und c. 5. § 6. et in not. ꝛc. ꝛc.

St., den 2. April 1836.

84.

Erkenntniß.

Im Namen Seiner königlichen Majestät von Bayern.

Erkennt das kön. Appellationsgericht für den *** Kreis in Sachen des kön. Fiscus, Klägers und Appellanten gegen den Gerichtshalter, D. zu N., Beklagten und Appellanten, Handlohnforderung aus dem M.'schen Gute betreffend, den Acten gemäß zu Recht:

daß die Berufungsförmlichkeiten für beobachtet anzunehmen, auch das unterrichterliche Erkenntniß de publ. 12. December v. Js. dahin abzuändern,

daß Beklagter von der Klage nicht zu entbinden, vielmehr der zwischen ihm und den M.'schen Eheleuten am 25. Juli 1816 abgeschlossene Gütervertrag hinsichtlich des Klägers für einen solchen zu erachten, aus welchem das Eigenthum der fraglichen Güter auf den Beklagten übergegangen, und demnach derselbe schuldig sey, das libellirte Handlohn zu dreihundert vier und dreißig Gulden, acht und zwanzig Kreuzer an das königl. Rentamt A. zu bezahlen, mit Vergleichung der Kosten beider Instanzen, von denen jedoch die den kön. Fiscus treffende Hälfte außer Ansatz bleibt.

V. R. W.

Gründe.

Der Gutsbesitzer U. M. und dessen Ehefrau K. zu K. schlossen am 25. Juli 1816 mit dem Gerichtshalter, D. zu N. einen Vertrag ab, vermöge dessen sie diesem letztern auf den Fall der Gutsdismembrationsgesuchs-Genehmigung die Vollmacht ertheilten, nicht nur die Dismembration und Veräußerung des Gutes sammt Dareingabe walzender Stücke

in ihrem Namen zu verkaufen, wogegen sich D. verbindlich machte, ihnen nach Abzug aller Kosten einen baaren Erlös von 8600 fl. gegen Überlassung der Einnahme sämmtlicher Kaufschillinge zu gewähren.

Dieser Vertrag wurde auch vollzogen, jedoch sprach solchen der kön. Fiscus, dem die Güter unwidersprochen handlohnbar sind, als simulirt an, und stellte die Behauptung auf, daß darunter ein Kaufvertrag über die Güter versteckt, derselbe aber nur darum als Vollmachtsvertrag eingeleitet sey, damit die Zahlung des Handlohns umgangen werde.

Der gedachte Vertrag, der unbestritten ist, ergibt auch diese Simulation; denn

1) der Inhalt desselben zeigt, daß die M.'schen Eheleute bei Ausrichtuug des Geschäftes selbst kein eigenes Interesse mehr hatten.

Es kümmerte sie nicht, an wen und wie theuer D. die Güter verkaufen würde, wenn die Zahlung erfolgen sollte u. d. gl., sie hatten sich lediglich der bedungenen Summe wegen an den D. zu halten, dessen Sache es wurde, die Käufer in eigenem Namen in Anspruch zu nehmen, was er auch in der Folge, wie die G. Acten ergeben, wirklich that.

Da aber zu dem Wesen des Mandats-Vertrages gehört, daß der Mandant bei Ausrichtung des Geschäfts selbst noch Interesse haben müsse,

A. L. R. I. B. § 5 et 6.

so kann auch der vorliegende Vertrag kein Mandats-Vertrag seyn.

2. Es ist im Vertrage nicht bestimmt, zu welchem Preise D. die dismembrirten Stücke zu verkaufen habe, es wurde ihm vielmehr die Veräußerung ohne alle Einschränkung überlassen, so, daß die M.'schen Eheleute über die Substanz der Güter nicht mehr verfügen konnten. Sie traten demnach aus der Sphäre des Eigenthümers heraus, und der beklagte D. war es, dem das Recht zustand, über das Eigenthum der Güter zu verfügen.

Ist dieses der Fall, so ist er auch damit Eigenthümer geworden, und die Bestimmung, daß der Verkauf im Namen der M.'schen geschehen sollte, auch in der Folge wirklich geschah, nur eine Fortsetzung jener Täuschung gewesen.

3. Es ist vielmehr im Vertrage selbst, wenn demselben, wie es doch seyn muß, ein vernünftiger Sinn gegeben werden soll, die Bedingung der eigenthümlichen Gutsabtretung an den jetzigen Geklagten, der noch überdieß alle Kosten zu übernehmen hätte, nothwendig enthalten, so wie denn auch die blosse Willenserklärung, ja selbst eine stillschweigende, (wie zum E. durch die oben erwähnte Nothwendigkeit begründete blosse Willenserklärung hinreichte), den Besitz einer Sache zum Vortheil einer andern zu erledigen.

A. L. R. I. 4. § 59. I. 7, 59, 70.

4. Zur fraglichen Simulation ergibt sich auch in dem Umstande ein hinreichender Grund, daß durch solche der Verbindlichkeit, einen Handlohn an den kön. Fiscus zu bezahlen, ausgewichen werden wollte.

5. Wenn es nun auch den Staatsbürgern in der Regel unverwehrt ist, ihre Verträge nach Gutdünken abzuschließen, so darf es doch nie in der Art geschehen, daß die wohlerworbenen Rechte eines Dritten beeinträchtiget werden.

Vergl. A. L. R. I. 11. § 70, 71. I. 14. § 84, 210.

Eine solche Beeinträchtigung würde aber dem Fiscus hier aus jener Simulation erwachsen, hinsichtlich des ihm nach Art und Größe unbestritten gebliebenen Handlohns, und er hat daher ein Recht, darauf zu dringen, daß der Vertrag durch richterlichen Spruch für denjenigen erklärt würde, welcher er wirklich ist, und daß daher die Simulation, so weit sie ihn trifft, aufgehoben werde.

6. Der Beklagte glaubt zwar von der Verbindlichkeit, Handlohn zahlen zu dürfen, befreit zu seyn, da er nie mit dem M.'schen Gute belehnt, noch aufgefordert worden sey, sich damit belehnen zu lassen; allein, wenn der

bestimmt, daß die Lehenwaare erst nach erfolgter gerichtlicher Zuschreibung des Gutes zu entrichten sey, so ist damit nur die Zahlungszeit angedeutet, nicht aber die Schuldigkeit, Handlohn bezahlen zu müssen, von der Belehnung abhängig gemacht.

Überdieß ist der Beklagte schon durch die frühern rentämtlichen Auffoderungen, so wie durch die Klage selbst zur Belehnung aufgefodert, und eine förmliche Investitur muß auch da, wo sie hergebracht ist, nothwendiger Weise erst nachfolgen, so lange es noch streitig, ob auf eine solche gedrungen werden könne.

7. Aus diesen Gründen war demnach Beklagter zur Bezahlung des liquidirten Handlohns zu verurtheilen, die Kosten beider Instanzen aber waren in Berücksichtigung der zur Zeit des Vertrages für solche Simulationsfälle, ziemlich herrschend gewesenen Meinung zu compensiren.

Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 3.

Jedoch bleibt die den Fiscus treffende Hälfte außer Ansatz.

Demnach war überall wie geschehen zu erkennen.

Ansbach, den 3. Oct. 1826.

Königlich bayerisches Appellations-Gericht
für den Rezat-Kreis.

(L. S.)

v. Feuerbach.

Frischl, Secr.

85.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Paul Z. Bauers von J. und Consorten wider Thomas M. Bauer daselbst wegen Fahrt-

rechtes zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des königl. Appellations-Gerichtes für den U.-D.-Kreis vom 5. eröffnet 30. Jänner 1832 unter Verurtheilung des Revidenten in die Kosten dritter Instanz und 6 Thaler Succumbenzgeld.

Entchseidungs-Gründe.

Wenn, wie in dem vorliegenden Falle, von einem Beweise aus unvordenklicher Verjährung durch Zeugen die Rede ist, so wird erfodert, daß die Aussage eines jeden Zeugen, wenn sie beweisend seyn soll, allen drei in Cod. civ. P. II. cap. IV. § 9. cumulativ aufgestellten Requisition entsprechen muß. Gehet etwas hievon ab, so ist die Probe mangelhaft, und fällt zusammen. Anmerk. ad h. l. n. 2. lit. b et g.

Von den 11, in probatorio deponirenden Zeugen ist keine einzige Aussage vorhanden, welche dem Beweissatze Genüge leistete, weil keine den besonderen drei, für den Beweis der unfürdenklichen Verjährung gesetzlich aufgestellten Requisiten vollkommen entspricht. Die Kläger haben sich nun zwar auch zum Erfüllungseide erboten; allein dieser Eid schlägt bei dem Beweise durch unvordenkliche Verjährung nicht an. Denn der Erfüllungseid ist nach den Anmerkungen ad cod. jud. cap. XIII. § 3. nr. 3. lit. d., ein juramentum veritatis, nicht credulitatis, und kann daher über einen Gegenstand, der nicht auf der eignen Wissenschaft einer Parthei beruht, wie die unvordenkliche Verjährung, nicht abgeleistet werden.

Wenn aber auch die Kläger den ihnen auferlegten Beweis sogar vollständig hergestellt haben würden, so würde solcher dennoch durch den vom Beklagten geführten Gegenbeweis aufgehoben seyn, weil durch diesen Gegenbeweis usus contrarius dargethan ist. Anm. ad cod. civ. P. II. cap. 4. § 9. nr. 3. lit. b. et c. Von den in reprobatorio deponirenden 6 Zeugen, von denen keiner unter 60 Jahre, und allermindestens 3 davon, sich ganz einwendungsfrei darstellen, haben sämmtliche übereinstimmend bekundet: „daß schon in der sehr frühen Zeit die Fahrt nicht durch die Hohlgasse des Be-

klagten, sondern über die Gründe der Kläger genommen worden sey.

Hiedurch ist gemäß Cod. jud. cap. 10. § 17. nr. 4. der usus contrarius um so mehr vollständig erprobt, als einerseits es genügt, wenn hiefür die gesetzlich bestimmte Anzahl von Zeugen, vorhanden ist, ohne Rücksicht auf die Mehrzahl der auf der andern Seite stehenden Zeugen, und als anderseits die Abweichungen dieser Reprobatorialzeugen in Nebenumständen hier von keinem Einflusse sind, so viel nämlich das Fahren Einzelner durch die Hohlgasse des Beklagten betrifft, weil letzterer selbst angegeben hat, daß Joh. E. Häusler von J. berechtiget sey, die Fahrt durch die Hohlgasse zu nehmen, und daher wenn dieses geschehen, allerdings ein Einzelner die fragliche Fahrt gemacht hat.

Demnach mußte der Beklagte von der Klage entbunden werden. — Da jedoch derselbe bei dem Erkenntnisse der zweiten Instanz, welches ihm den Reinigungseid auferlegt hat, sich beruhigte, so konnte nur bestättigend erkannt werden.

München, den 28. Jän. 1837.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Frhr. v. Freyberg, Director.

Secr. Fränkl.

86.

Die Rechte der Hypothekgläubiger bei einem Theilverkaufe betreffend.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appellations-Gericht für den U.-D.-Kreis auf die Beschwerde des Lic. von O. auf N., als Vor-

mund der Magdalena von B. zu V. gegen das kön. Landgericht V., den Paul G.'schen Gründe-Verkauf betreffend zu Recht:

Daß Lic. D. mit seiner gegen das Decret des königl. Landgerichts V. vom 3. August d. J. gerichteten Beschwerde abzuweisen sey, und die hierauf erlaufenen Kosten zu tragen habe.

Entscheidungs-Gründe.

1. Nach § 45. des Hypothekengesetzes ist der Schuldner berechtigt, über die Sache so weit zu verfügen, als es nicht zum Nachtheile der eingetragenen Hypotheken gereicht; er kann daher die Sache auch veräußern, jedoch darf nach § 40. des Hypothekengesetzes von einem Gutscomplexe ohne Einwilligung der darauf eingetragenen Gläubiger kein einzelnes Grundstück oder Realrecht getrennt werden.

2. Rechtliche Folge dieser Bestimmungen ist, daß einem Hypothekgläubiger gegen den vom Schuldner vorgekehrten Theilverkauf so lange kein Widerspruchsrecht zustehe, als hiedurch sein Hypothekrecht nicht beeinträchtigt wird; diese Beeinträchtigung beginnt aber nicht schon durch den Vollzug desselben in der Art, daß das verkaufte Grundstück im Hypothekenbuche vom Gutscomplexe wirklich ab- und dem Käufer zugeschrieben, also wirklich rechtlich getrennt wird.

3. Eben darum bleibt ein solcher Theil-Verkauf zwar unter den Contrahenten bindend, kann aber nicht in das Hypothekenbuch eingetragen werden, sondern es bleibt lediglich ihre Sache, wie sie den Hypothek-Gläubiger zur Loszählung des verkauften Theiles von der Hypothek bewegen, oder sonst für ihre Sicherheit untereinander sorgen wollen.

Bis ihnen dieses wie immer gelingt, bleibt der Verkäufer als Eigenthümer des ganzen Gutscompleres im Hypothekenbuche eingetragen; das Schuld- und Hypotheken-Verhältniß des Gläubigers besteht unverändert und ungeschmälert fort, und so lange dieses der Fall ist, erscheint er durch den Theilankauf nicht benachtheiliget; vielmehr braucht er von die-

sem überhaupt und selbst in dem Falle keine Notiz zu nehmen, wenn er zur Stellung der Schuld- und Hypothek-Klage veranlaßt seyn sollte; da das Hypothekenbuch nur den Verkäufer als den Eigenthümer des ganzen Hypothek-Objectes darstellt, so kann jene Klage nach § 25 u. 26. des Hypothekengesetzes gegen ihn allein gestellt werden, ohne daß sich der Gläubiger um die nicht eingetragenen Theilverkäufe zu bekümmern hat.

4. In concreto ist nach Ausweis der vorliegenden Streitacten zwischen G. und H. noch keine wirkliche Abtrennung der verkauften Grundstücke im Hypothekenbuche erfolgt; sie kann und wird auch nach obiger Ausführung nicht erfolgen, bevor Magdalena von B. dazu consentirt hat, oder das fragliche Grundstück auf andere Weise von ihrem Hypothekrechte losgemacht ist; eben darum aber war für dieselbe resp. ihren Vormund kein Recht zur Einsprache begründet, und diese mußte daher, da sie gleichwohl erfolgte, vom k. Landgerichte V., wie durch Decret vom 3. Aug. 1831 geschehen ist, zurückgewiesen werden.

5. Wäre selbst die Abtrennung des fraglichen Grundstückes im Hypothekenbuche bereits erfolgt, so bliebe selbst in diesem Falle den umgangenen Hypothekgläubigern nur übrig, sich nach § 40. des Hypothekengesetzes nöthigenfalls an das abgetrennte Grundstück zu halten, und nach Umständen wegen allenfallsiger Beschädigung nach § 98. Absatz 2. des Hypoth.-Gesetzes das Hypothekenamt in Anspruch zu nehmen, welches zu ihrem Nachtheile eine förmliche Eintragung in das Hypothekenbuch ohne ihre Zustimmung gepflogen, daher dafür zu haften hätte.

Bei diesen Verhältnissen mußte daher wie geschehen erkannt, und der Beschwerdeführer wegen Ungrund seiner Beschwerde in die hierauf erlaufenen Kosten verurtheilt werden.

St., den 19. Dec. 1831.

Königl. Appellations-Gericht für den U.-D.-Kr.

(L. S.) Frhr. v. Branca.

Fesl, Secr.

87.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen Theresia M. von H. gegen Andreas V., Bauern zu E., Zurückgabe nnd Alimentation eines Kindes betreffend, zu Recht: Ausnahme von dem Grundsatze: das unehel. Kind folgt d. Mutter.

daß beklagter V. von der am 29. Nov. 1829 wider ihn angestellten Klage der Theres M. zu entbinden sey.

Die Kosten sämmtlicher Instanzen werden compensirt, wobei aber die die M. betreffenden außer Ansatz zu lassen sind.

Entscheidungs-Gründe.

Der natürlichen Mutter steht allerdings das Recht zu, das ihr von Anderen widerrechtlich vorenthaltene Kind allenthalben zurückzufodern, denn dieses ist ein Ausfluß der natürlichen älterlichen Gewalt, welche, wenn ihr auch die bürgerliche nicht zusteht, doch nach dem Gesetze Cod. civ. p. I. cap. 4. § 3. und Anmerkung unstreitig gebührt.

Allein hier ist der besondere Fall, daß das Kind durch Veranstaltung seines natülichen Vaters an ein Ort gebracht werden sollte, wo es nicht allein seine Erziehung findet, sondern wo mit dem Verbleiben unzertrennlich wesentliche Vortheile für die ganze Zukunft des Kindes verbunden sind.

Dieses Recht stand dem Vater aus demselben Grunde, wie der Mutter, nämlich Kraft der natürlichen väterlichen Gewalt zu. Die Mutter hatte an den Schwängerer in Beziehung auf das mit ihm erzeugte Kind nur den Anspruch, daß er die Erziehungs- und Unterhaltskosten für dasselbe bestreite.

Dieser Verbindlichkeit genügte er hinreichend, wenn er, wie hier geschah, mit dem legitimen Vertreter des unmündigen Kindes, dem gerichtlich aufgestellten und beeidigten Vor-

munde einen Vertrag abschloß, wodurch er für die ganze Lebensdauer des Kindes eine versorgliche Bestimmung traf.

Dieser Vertrag, welcher durch die Acceptation des Vormundes, und durch die Übertragung der von dem Gutsbesitzer zu leistenden Verbindlichkeiten als Reallasten auf das Gut selbst zur Vervollkommenheit gelangte, hat den früheren über die Alimentation des Kindes mit der Mutter am 26. August 1826 abgeschlossenen Vertrag aufgehoben

Von diesem Augenblicke an cessirte das Interesse der Mutter wegen Unterhalt des Kindes, eine Rechtsverletzung ging ihr dadurch unmittelbar nicht zu, vielmehr erscheinen alle ihre dießfallsigen Einwendungen als von dem Rechte eines Dritten entnommene Einreden, da nach Cod. civ. p. I. cap. 7. § 11. es in den ersten Pflichten des Vormundes liegt, für die Erziehung des Pupillen zu wachen, und also er da, wo es sich um die Mittel zu diesem Zwecke handelt, zunächst der einzige legitime Contradictor ist.

Auch kann der Aufenthalt des Kindes auf dem V.'schen Gute von den übrigen in dem besagten Vertrage getroffenen Bestimmungen nicht getrennt werden.

An diesen Aufenthalt knüpfen sich als Bedingung alle übrigen wesentlichen Vortheile des Vertrages an, so wie die dadurch für den Gutsbesitzer entstehende Last durch den Umstand erleichtert wird, daß er sich für die Folge einen tauglichen Dienstboten zu bilden im Stande, daß er gesichert ist, in Unfähigkeits- und Erkrankungsfällen sein Haus keinem ihm ganz Fremden, vielleicht sittlich verdorbenen Menschen öffnen zu müssen, und daß er durch Natural-Verpflegung von einer dem Landwirthe empfindlichere Prästation an Geld befreit wird.

Alle diese Rücksichten für das Wohl des Bruders, wie für das des Kindes hängen unter sich fest zusammen, lagen in dem Willen des Joseph V., und können zum Nachtheile des Andr. V. einseitig nicht aufgehoben oder geändert werden.

Allein, außer diesen rechtlichen Gründen sind noch andere Verhältnisse in Erwägung zu ziehen.

Da, wo es sich um das Wohl eines künftigen Staatsbürgers handelt, ist das Ermessen der obervormundschaftlichen Behörde gegen das Privatinteresse im Collisionsfalle entscheidend, und die Gesetze beschränken sogar die Gewalt des Hausvaters, wenn sich von ihrer Anwendung, namentlich in Bezug auf die Erziehung der Kinder ein Mißbrauch erwarten läßt. Cod. civ. P. I. cap. 4. § 3. nro. 5. und Anmerk. dann cap. 7. § 11. und Anmerk. L. 1. § 3 et 5. ff. de lib. exhib. Pussendorf Observ. P. IV. Obs. 10.

Hier ist von einem Knaben die Rede, welcher bald sein siebentes Lebensjahr erreicht.

Alter und Geschlecht fodern daher nicht nothwendig eine Erziehung durch weibliche Hände.

Überdieß ist der Lebenswandel der Mutter von der Art, daß ihr nicht ohne Besorgniß die Erziehung des Kindes anvertraut werden könnte; denn sie hat bereits vier uneheliche Kinder geboren, wovon noch eines bei ihr im Unterhalte ist; sie muß sich kümmerlich ernähren, und der Knabe würde im Elend und Müssiggang heranwachsen, während er an einem andern Orte zur Thätigkeit angehalten werden würde.

Das von ihr beigebrachte Zeugniß des Gemeindevorstehers kann nichts relevіren, da dasselbe nur von dem verstorbenen Joseph V. spricht.

Die Klägerin macht zwar auch dem Beklagten den Vorwurf, daß der erste Knabe aus Mangel an Aufsicht in einer Mistpfitze ertrunken sey, und der jetzige ein Fell auf dem Auge bekommen habe.

Das Letztere erscheint als eine unerwiesene Behauptung, ob aber Eines oder das Andere bloß ein unglücklicher Zufall oder wirkliche Folge der Vernachlässigung gewesen, ist eben so wenig bescheinigt.

Entscheidend ist dagegen die Erklärung und Verwahrung des Vormundes E. vom 6. Novemb. 1830, wodurch er seine pflichtmäßige Überzeugung dahin ausspricht, daß das Kind bei den V.'schen Eheleuten besser aufgehoben sey, als bei der natürlichen Mutter, die zum Theil im Bettel herumziehe, und daß der natürliche Vater, wenn er dieses nicht hätte ver-

hindern wollen, keine für das Kind so vortheilhafte Verfügungen getroffen haben würde.

Die nur auf Hörensagen beruhende Meinung des Vormundes S., so wie der Umstand, daß E. ein Gläubiger des V. ist, kann dieses Zeugniß um so weniger schwächen, als die Gründe, worauf es sich stützt, nach den oben auseinander gesetzten Rücksichten in factischer wie rechtlicher Hinsicht sich bewährt darstellen.

Es war daher, wie geschehen, zu erkennen.

München, den 18. März 1832.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.)

v. Ritter.

Fränkl, Secr.

88.

Die Pensions-Ansprüche der Staatsdiener.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Joseph M., ehemaligen provisorischen Communal-Administrator in V. wider den Magistrat, resp. die Stadt-Gemeinde daselbst, wegen Pensionirung — oder Alimentirung zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appell.-Ger. für den ***Kreis vom 28. Dec. 1833, eröffnet am 29. Jän. 1834 mit Verurtheilung des Revidenten in die Kosten der dritten Instanz, welche jedoch außer Ansatz gelassen werden.

Entscheidungs-Gründe.

Der Kläger fodert von dem Magistrate, resp. der Stadtgemeinde zu V., eine Pension und eventuel eine Alimentation, weil er

a) vom Jahre 1802 bis 1809 functionirender Stadtschreiber in V. gewesen, und
b) im Jahre 1809 zum provisorischen Communal-Administrator ernannt, hiernächst aber im Jahre 1819 seines Dienstes durch die Wahl eines anderen Stadtschreibers verlustig, und sein bisheriger Gehalt ihm entzogen worden sey. —

Das über die Ansprüche des Klägers entscheidende Specialgesetz ist, so viel insonderheit die Pensions-Foderung betrifft, einzig und allein die allgemeine Verordnung, die General-Administration des Stiftungs- und Communal-Vermögens im Königreiche Bayern betreffend, mit ihren Beilagen (Reg.-Bl. 1808, — Seite 209 — 390). — Hienach kann

I. der Kläger eine Pension nicht verlangen. —

Daß Kläger im Jahre 1809 als provisorischer Communal-Administrator ein besonderes von der allerhöchsten Stelle ausgegangenes Ernennugs-Decret nicht erhalten habe, und daß dessen Stelle bloß die erhaltene schriftliche Nachricht von seiner Anstellung vertrete, gesteht Kläger selbst. — Das allerhöchste Rescript vom 30. Aug. 1809, welches befahl:

> den Gehilfen des verstorbenen Stadtschreibers, Jos. M., in die Verwaltung des Communal-Vermögens provisorisch einzuweisen,

nennt zwar Kläger sein Anstellungs-Rescript. — Es kann aber dieses allerhöchste Rescript, welches sich selbst nicht bei den Acten befindet, und blos allegirt ist, in einem von dem Gegentheile im Vorprocesse abschriftlich vorgelegten Schreiben des Landgerichts V. an den dortigen Magistrat, für ein förmliches Anstellungs-Rescript nicht gelten, weil ein solches, wenn es ein Anstellungs-Rescript im Staats-Dienste seyn soll, folgende Erfoderniße haben muß.

1. Dasselbe muß dem zu einer Stelle im Staats-Dienste

Berufenen unmittelbar zugekommen seyn. — (Decret); es muß sein Inhalt

2. die Stelle benennen, welche dem Berufenen zu Theil geworden, nnd wo nicht ein Anderes gesetzlich bestimmt ist, auch die Eigenschaft, in welcher er solche bekleiden soll, ob provisorisch, oder definitiv; es muß endlich das Decret

3. — des mit der Stelle verbundenen fixen Gehaltes ausdrücklich Erwähnung thun. —

Daher hat auch die spätere allgemeine Verordnung, die Verhältnisse der Staats-Diener rücksichtlich ihrer Pensions-Ansprüche betreffend, vom 28. Nov. 1812 Art. I. bestimmt: (Reg.-Bl 1813 S. 761.) —

Alle jene, welche durch ein Decret, oder durch eine legale Berufung gegen den Bezug eines fixen Gehaltes ihre Kräfte dem Staate widmen, sind Staats-Diener. —

Von diesen zu einem Anstellungs-Rescripte nothwendigen Erfodernissen ist hier nur die in beschränktem Maaße vorhanden, daß das allerhöchste Rescript vom 30. August 1809 bestimmt, daß M. in die Verwaltung des Communal-Vermögens provisorisch einzuweisen sey. — Von einer Ernennung selbst, von einem damit verbundenen fixen Gehalte ist gar keine Sprache, vielmehr wurde erst mehrere Monate nachher, nämlich am 14. Dec. 1809 — nicht von der allerhöchsten Stelle selbst, — sondern von dem königlichen General-Commissariate des *** Kreises, als Communal-Curatel, dem M., als provisorischen Communal-Administrator, ein bloßer einstweiliger Sustentations-Betrag von täglich 1 fl. 30 kr. bestimmt. Wird nun erwogen, daß

1) nach dem Art. 11., § 3. der Verordnung vom 1. Oct. 1807 (Regier.-Bl. 1808 S. 230) die im Communal-Dienste dienenden dort benannten Individuen außer der Kategorie der Staats-Diener stehen, und die mit dieser Würde verbundenen Vortheile und Lasten bei ihnen nicht in Anwendung treten sollen; daß ferner

2. in Art. 3. der Beilage 7. (Reg.-Bl. 1808 S. 347) ausdrücklich bestimmt ist, —

daß die provisorisch angestellten Stiftungs-Administratoren — welchen die Communal-Administratoren ganz gleich gestellt sind — (Regier.-Bl. 1808, S. 230. § 5.) — keine Decrete erhalten;

so ergibt sich von selbst, daß das allerhöchste Rescript vom 30. Aug. 1809 kein förmliches Anstellungs-Rescript im Staats-Dienste, sondern bloß ein solches sey, vermöge dessen M. die Legitimation erhielt, das Communal-Wesen in V. provisorisch zu verwalten, wodurch er zwar provisorischer Communal-Administrator, aber nicht Staatsdiener geworden ist, welcher nach dem Art. 11. § 2. zu beurtheilen wäre. —

Aus dieser provisorischen Eigenschaft ist M. gemäß der Verordnung vom 1. Oct. 1807 bis zu seiner im Jahre 1819 erfolgten Nichtwiedererwählung nicht heraus, und in den definitiven Staatsdienerstand übergetreten, weil er, wie er selbst allenthalben zugesteht, ein Nominations-Decret nicht erhalten, auch sich, wie er replicando aus sehr unzulänglichen Gründen vorbringt, nicht einmal darum beworben hat. — Ein solches Nominations-Decret ist aber bei definitiver Verleihung eines Communal-Administrators-Dienstes — nach Art. 11. § 2. — der Verordn. v. 1. Oct. 1807 die wesentliche Erfoderniß zum Übertritte aus dem provisorischen in den definitiven Zustand; nachdem ausdrücklich festgesetzt ist, daß die provisorisch ernannten Administratoren keine Decrete erhalten sollen. (S. 214. 215. 347.)

Durch den bloßen Zeit-Verlauf, wie Kläger behaupten will, kann dieser Übertritt aus dem provisorischen in den definitiven Zustand nicht erlangt werden, weil die ausdrücklichen Bestimmungen des hier allein anwendbaren Specialgesetzes, nämlich der Verordnung vom 1. Oct. 1807 Art. 11. § 2. — und Beilage 7. Art. 3. (Reg.-Bl. 1808 S. 229. 230. 347) — entgegenstehen. — Dieses Specialgesetz schließt natürlich jede analoge Anwendung der späteren Verordnungen über die Verhältnisse der Staats-Diener aus, weil Analogie nur da Statt findet, wo nicht ein Gesetz selbst schon besondere Be-

stimmungen enthält, welche eine analoge Anwendung anderer gesetzlicher Vorschriften überflüssig machen.

Als bloßer provisorischer Communal-Administrator kann aber M. nach dem Art. 11. § 3. der Verordnung vom 1. Oct. 1807 keinen Anspruch auf die Vortheile der Dienst-Pragmatik vom 1. Jän. 1805, und somit auf Pensionirung machen.

II. Die Alimentations-Foderung betreffend, so hat der Kläger eventuel von dem Magistrate, resp. der Stadtgemeinde zu V. eine Alimentation gefodert, und diese Foderung gegründet —

A. auf die Vorschrift des Art. 11. § 7. der Verordnung vom 1. Oct. 1807. (Reg.-Bl. 1808. S. 230. 231.)

Hiernach soll das Alter, oder das Unglück, welches ein Individuum unfähig macht zur Fortsetzung des geleisteten Dienstes den Grund abgeben zu einem Alimentationsanspruche. — Wegen Alters nun hat Kläger selbst nicht behauptet, unfähig gewesen zu seyn zur Fortsetzung des Dienstes. — Aber auch von einem Unglücke, welches den Kläger betroffen — und ihn unfähig gemacht hätte, den Dienst fortzusetzen, sonach im Jahre 1819 zum Stadtschreiber gewählt zu werden, ist keine Sprache. — Denn Kläger vermag nicht anzugeben, daß er, als er nicht wieder gewählt worden, durch irgend einen Unfall, welcher seinen Geist oder seinen Körper betroffen, unfähig geworden sey zur Fortsetzung des Dienstes, daß also der Grund, warum er nicht wieder gewählt worden, in seiner persönlichen, physischen oder geistigen Unfähigkeit zur Fortsetzung des Dienstes gelegen sey. — Nur eine solche Unfähigkeit aber, herbeigeführt durch ein die Persönlichkeit des Individuums treffendes Unglück fodert das Gesetz. — Wer daher, ohne persönlich unfähig zu seyn, bei einer Beamten-Wahl übergangen wird, — der wird dann nicht aus dem gesetzlichen Grunde übergangen, sondern aus dem Grunde, weil die Wählenden einem andern Individuum den Vorzug geben zu müssen geglaubt haben. — Dieser Umstand kann nun wohl ein Unglück für den bei der Wahl Übergan-

genen jetzt erst, und durch die Nichtwahl herbeiführen, er ist aber nicht das Unglück selbst, welches das nicht gewählte Individuum schon vor der Wahl betroffen, und es unfähig gemacht haben muß, — überhaupt nur gewählt werden zu können. — Wenn daher Kläger in der Klage behauptet:

> die Stelle des Unglücks nehme die organische Verfügung, resp. der erklärte Wille des Magistrates ein, seine — Klägers — Dienste nicht mehr gebrauchen zu wollen: —

so verwechselt er hier die gesetzliche Ursache des Unglücks mit einem bloß zufälligen Ereigniß, das nicht aus seiner, Klägers persönlichen Dienst-Unfähigkeit hervorgegangen ist, und welches ihm erst nach der Wahl zum Unglück hat werden können, nicht aber ihn schon vor der Wahl außer Stand gesetzt hat, wieder gewählt zu werden — und seinen Dienst fortzusetzen. —

Aus diesem Grunde also kann der Kläger keinen Anspruch auf Alimentation machen. —

B. Kläger gründet hiernächst seinen Alimentations-Anspruch auf die ihm ertheilte Heiraths-Bewilligung.

Kläger gibt in der Klage selbst zu, daß er bloß functionirender Stadtschreiber gewesen, und daß ihm die Verleihung des Stadtschreiber-Dienstes vom Magistrate bloß zugesichert worden sey; — er behauptet aber, daß dieses titulo oneroso geschehen, — und, daß wegen seines Dienst-Verhältnisses sowohl vom Magistrate, als von der ehemaligen churfürstlichen Landes-Direction die Heiraths-Bewilligung ertheilt worden sey.

Es ist nun vor Allem zu bemerken, daß dem Magistrate in V., so lange er der churfürstl. Landes-Direction untergeordnet war, zwar die Befugniß zugestand, dem Kläger den Stadtschreiber-Dienst zuzusichern, — daß aber dem Kläger aus dieser Zusicherung erst dann ein Recht erwachsen konnte, wenn er vom Magistrate zum Stadtschreiber gewählt, und

diese Wahl von der churfürstl. Landes-Direction bestättiget worden; — denn die Confirmation der Wahl der Stadt- und Markt-Schreiber gehörte zum Ressort der churfürstl. Landes-Direction.

Allein diese Confirmation hat der Kläger, wie die Acten ergeben, so wenig erhalten, als die von dem Magistrate der churfürstl. Landes-Direction gemachten Vorschläge wegen Anstellung des Klägers als Stadtschreiber von dieser churfürstl. Landes-Direction genehmiget worden sind. —

M. ist vielmehr, was auch die nachherige Entschließung des kön. General-Commissariates des *** Kreises als Communal-Curatel vom 5. Juli 1809, so wie das allerhöchste Rescript vom 30. August 1809 besagt, nur Gehilfe des Stadtschreibers gewesen — und in der Eigenschaft als Stadtschreiber weder von der ehemaligen Landes-Direction, noch nachher von der vorgesetzten Stelle bestättiget worden, mithin erscheint jeder Vertrag, den er wegen Erhaltung der Stadtschreiberstelle mit dem Magistrate unter lästigen Bedingungen, insbesondere der, der Ehelichung der G.'schen Tochter, geschlossen, kraft- und wirkungslos, theils, weil der wirklich vorliegende Vertrag vom 25. Febr. 1804 schon an sich die Clausel enthält: salva ratificatione, theils, weil ein Vertrag, der von der Bestättigung — oder Genehmigung der Obrigkeit, oder vorgesetzten Stelle ganz oder zum Theile abhängt, erst dann verbindende Kraft erhält, wenn von der vorgesetzten Obrigkeit, hier der Landes-Direction, von welcher der Magistrat die Genehmigung zu erholen, gesetzlich verbunden war, genehmiget oder bestättiget worden ist, gemäß cod. civ. P. IV. cap. 1. § 7. Nr. 3.

Überdieß würde einer solchen Dienstes-Erwerbung unter lästigem Titel das Prohibitiv-Gesetz vom 17. Aug. 1804 (Regier.-Bl. 1804. S. 781) entgegen gestanden seyn, aus welchem sich die Unstatthaftigkeit der Alimentations-Foderung des Klägers, gegründet auf die ihm erst nach dem Erscheinen dieses Gesetzes ertheilte Heiraths-Bewilligung mit der G.'schen Tochter, noch ganz besonders ergibt. —

Denn es ist diese Heiraths-Bewilligung von der churfürstl. Landes-Direction dem M. am 29. Oct. 1804 nicht deßwegen ertheilt worden, weil der Stadtschreiber G., wie M. in seiner Bittschrift um die Heiraths-Licenz vom 25. Oct. 1804 sagt: gegen Ehelichung seiner, des G. Tochter, schon im Jahre 1802 seinen Dienst dem M. resignirte, indem eine Entschließung, welche eine solche Dienst-Anheirathung genehmiget hätte, gegen das damals schon bestandene Prohibitiv-Gesetz verstossen haben würde, sondern es ist diese Heiraths-Bewilligung, wie ihr Inhalt auch klar darthut, lediglich auf das einseitige Anlangen des M. und ohne mindeste Erwähnung der Dienst-Verhältnisse desselben, viel weniger mit Genehmigung der in Beziehung auf die Erlangung des Stadtschreiberdienstes vorgegebenen Heirathsbedingung ertheilt — und hat wahrscheinlich die königliche Landes-Direction bei der bloßen Heiraths-Bewilligung um so weniger bedenklich seyn wollen — und können, als M. in seiner Bittschrift angegeben hatte, daß er die G.'sche Tochter außerehelich geschwängert habe.

Und — da von Seite des Magistrates nur in Folge des ergangenen Landes-Directions-Befehles vom 29. Oct. 1804 dem M. gleichfalls die Heiraths-Licenz bewilliget worden, — so folgt daraus weiter nichts, als daß diese Bewilligung der einer höheren Anordnung der vorgesetzten Stelle angemessene Beschluß des Magistrates sey, welcher nur wiederholt, was die vorgesetzte Stelle ausgesprochen hat. —

Daß aber dieser Beschluß dem Kläger ein Recht geben könne, eine standesmäßige Alimentation, wie Kläger sie verlangt, aus dem Communal-Vermögen zu fodern, dafür ist kein Gesetz vorhanden. —

Da jedoch durch die von der zuständigen Obrigkeit ertheilte Erlaubniß zur Verheirathung in der Gemeinde die Heimath erworben wird — und, da letztere in der Gemeinde den Anspruch auf Wohnsitz — und auf benöthigte Unterstützung gewährt nach Maaßgabe der Verordnung vom 17. Nov. 1816 über die Armenpflege (Reg.-Bl. 1816 S. 779 folg.) so bewirkt die Ertheilung der Heiraths-Bewilligung doch so viel,

daß dem Kläger der Anspruch an die Stadt-Gemeinde V. vorbehalten bleibt, rücksichtlich der Verbindlichkeit, ihn im Bedürfensfalle, aus dem Local-Armen-Fonde zu unterstützen, wie bereits in den Entscheidungs-Gründen des Erkenntnisses der vorigen Instanz gesagt ist.

Im Kostenpuncte war, wie geschehen zu erkennen, weil der Revident zum Armenrechte gelassen ist.

München, den 7. März 1835.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Frhr. v. Welden, Präsident.

Frankl, Secr.

89.

Zur Lehre von der Priorität.

Erkenntniß.

Seine Königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Mathias P. zu R., dann der Walburga F., Müllersfrau von der Hammermühle nächst W., und mehrerer anderer Gläubiger gegen die Concursmasse des Georg F., Müllers von der Hammermühle, die Liquidität und Priorität mehrerer Foderungen betreffend, zu Recht:

A. ꝛc. ꝛc.

III. Daß mit Verwerfung sämmtlicher Mathias P.'schen Revisionsbeschwerden die Foderung desselben ad 758 fl. 56 kr. folgender Massen zu lociren sey.

a) Das Capital à 400 fl. in die IV. Classe 9. Stelle.

ꝛc. ꝛc.

B. Die Location der heirathlichen Ansprüche der Walburga F. betr. ꝛc. ꝛc.

III. Die Morgengabe in dem vom Gerichte I. Instanz festgesetzten Betrage von 566 fl. 40 kr. ebenfalls in die IV. Classe 3. Stelle, endlich

IV. die Wiederlagsfoderung der Walb. F. in eben diese Classe und Stelle, jedoch nur in der Art zu lociren sey, daß Walb. F. auf ein aus der Gantmasse ihres Ehemannes auszumittelndes Widerlagscapital á 1700 fl. sofort der Nießbrauch zustehe, dieses Capital jedoch nach dem Ableben der Walb. F. den noch unbefriedigten Georg F.'schen Gantgläubigern zur prioritätsmäßigen Befriedigung zufallen soll.

Entscheidungs-Gründe.

Ad A. III. Gegen die zweitrichterliche Location der Mathias P.'schen Foderung ad 758 fl. 56 kr. in die IV. Classe Nr. 8. mit 633 fl. liegen zwei zulässige Revisionen vor, nämlich 1. ꝛc. ꝛc.

2. Die Revision des Advocaten G. für Walb. O. und Jos. N., wodurch bewirkt werden will, daß die in der Classe IV. Stelle 8. locirten 633 fl. zu ganz in die VI. Classe oder doch zum Theile in geringere Classen herabgesetzt werden möchten ꝛc. ꝛc.

Ad 2) Die Revisionsbeschwerde des kön. Advoc. G. gegen die Location der Math. P.'schen Foderung ist wenigstens zum Theile gegründet. — Nach § 23. der Prioritäts-Ordnung gebührt nämlich die Classe IV. Stelle 8. nur denjenigen Gläubigern, welche vermöge richterlichen Erkenntnisses die Auspfändung des Schuldners oder die Immission in dessen Güter wirklich erlangt haben. Daß unter diesem wirklich erlangt haben, nicht das bloße rechtskräftige Erkenntniß auf Auspfändung oder Immission gemeint sey, gibt nicht nur der klare Wortsinn, sondern insbesondere die Vergleichung mit § 12. Nr. 12. des Hypotheken-Gesetzes und mit dem vom Gönnerschen Commentar B. I. S. 207 zu entnehmen. Math. P. hat aber weder die Auspfändung noch die Immission wirk-

lich erlangt: nicht die Auspfändung, weil das Patrimonialgericht auf die Erinnerung der Schätzleute, daß der Viehstand ohnehin zu gering sey, sogleich unverrichteter Dinge wieder abging, ohne auch nur die vorbereitenden Handlungen der Auspfändung, als da sind, die Consignation, Taxation des Executionsobjectes vorzunehmen, vielmehr den Hauptact selbst, — d. h. die obrigkeitliche Abnahme und Sequestration der Mobilien und Movention zu vollziehen. Aber auch von einer wirklich erlangten Immission kann keine Rede seyn, da zu der Immission nach Cod. jud. cap. 18. § 6. allezeit ein actus realis erfodert wird, von welcher Zeit an immissus nicht nur den rechtlichen Besitz von dem eingeantworteten Gute, und die Befugniß, solches auf wirthschaftliche Art zu benützen, erlangt. In concreto geschah aber gar nichts, als einige Feilbietungsversuche, und zuletzt die Adjudication des Eigenthumes, wogegen jedoch erstere fruchtlos ausfielen, letztere aber nie durch einen actum realem zum Vollzuge, somit Liquidant auch nie zum Besitze und zur Nutzung gelangte. — Wenn indessen dem Math. P. hienach die 8. Stelle Classe IV. nicht eingeräumt werden kann, so gebührt ihm dennoch für das Capital ad 400 fl. nach § 23. der Prioritäts-Ordnung die 9. Stelle der genannten Classe. Für dieses der Theres P. schaukungsweise zugefallene Capital ward ihr nämlich auf Verwenden der Michael F.'schen Eheleute schon 1804 eine Generalhypothek constituirt per form., „und bis vorstehenden Allen vollkommene Erfüllung geleistet seyn wird, bleibt das sämmtliche Vermögen unterpfändlich verschrieben." ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Ad B. III. Hinsichtlich des Anspruches der Walb. F. auf eine Morgengabe überhaupt und der Priorität derselben wird sich lediglich auf die Entscheidungs-Gründe der Vorinstanzen berufen. Was aber das Quantum betrifft, so mußte es bei der in erster Instanz festgesetzten Summe ad 566 fl. 40 kr. belassen werden; denn dieser Betrag bildet den dritten Theil des wirklich inferirten Heirathgutes ad 1700 fl., und der allgemeine Landesbrauch im Herzogthume Bayern gehet auf den dritten Pfenning des Heirathgutes. Anmerk.

ad Cod. civ. p. 1. cap. 6. § 16.' B. Schmid Commentar II. art. 1 et 16. Sollte von dieser Regel eine Ausnahme gemacht werden, so müßte das Daseyn des Ausnahmsfalles von dem Excipienten asserirt und streng erwiesen werden, was hier auf keine Weise geschah.

Ad B. IV. Da in dem gegenwärtigen Falle eine wahre dos von 1700 fl. wirklich in die Ehe inferirt wurde, da nach cod. civ. p. I. c. 6. § 14. die Widerlage, wenn nichts anderes bedungen, allezeit der dos dem Betrage nach gleich angenommen wird, da endlich aus den vorliegenden Ehepacten die Absicht, es bei den gesetzlichen Regeln zu belassen deutlich hervorgeht, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß Walburga F. auf eine Widerlage von 1700 fl. rechtlichen Anspruch habe. Es frägt sich vielmehr nur darum, wie weit dieser Anspruch in anderer Beziehung gehe, nämlich ob das dominium, oder aber bloß die Nutznießung des Widerlagscapitales ad 1700 fl. und in wie weit gefodert werden könne? Das L.-R. (c. c. p. I. c. 6. § 14.) verordnet dießfalls, daß der Ehefrau während der Ehe weder Eigenthum noch Nutznießung oder Verwaltung auf die Widerlage zustehe, und daß in dem Falle erst, wenn der Mann vor der Frau stirbt, und Kinder von ihr oder von der vorigen Ehe hinterläßt, der Frau ꝛc. die Widerlage nur nutznießlich, so lange sie lebt, folge.

Es ist nun klar, daß, da die Ehe der Walb. F. mit dem Cridar noch gegenwärtig besteht, der Ehefrau das dominium der Widerlage nicht zustehen könne; eben so klar ist dagegen, daß ihr jetzt schon, wenn sie bei dem über das Vermögen ihres Gatten ausgebrochenen Concurse nicht alle ihre Ansprüche bezüglich der Widerlage unwiderbringlich verlieren soll, die Befugniß zustehen müsse, auf Sicherung ihrer dießfallsigen vertragsmäßigen Rechte anzutragen. Diese Befugniß wurde nun zwar von dem Richter II. Instanz anerkannt, dagegen aber bestimmt, daß der Liquidantin bei Lebzeiten ihres Mannes hievon keine Nutznießung oder Verwaltung gebühre, sondern daß ihr diese Nutznießung erst von dem Tode ihres Ehemannes an zukomme.

Der Eintritt des Universalconcurses ist indeß ein solches Ereigniß, welches in Beziehung auf das eheherrliche Ver-

mögen in den meisten Fällen auf die Ehefrau einen noch nachtheiligeren Einfluß äußert, als der Tod des Ehemannes. Wenn hier die Erben des Mannes nach seinem Nachlasse greifen, so bemächtigen sich dort die Concursgläubiger der ganzen Concursmasse, und es besteht nur der Unterschied, daß im ersten Falle der Frau noch mancher andere Vortheil zugewendet werden kann, während sie im zweiten rein auf ihre Ansprüche als Gläubigerin oder Vindicantin beschränkt ist. Erwägt man nun, daß es ohnehin in der Regel gesetzliche Pflicht des Ehemannes ist, seine Frau zu ernähren, daß derselben im Universalconcurse die eigenen Mittel zur Erfüllung dieser Alimentationsverbindlichkeit entzogen werden, — und daß somit der usus fructus der Widerlage mit um so größerm Rechte als ein ergänzendes Surrogat für jene Alimente anzusehen ist, als das hier subsidiäre in Anwendung kommende gemeine Recht der Frau die donatio propter nuptias zunächst zu dem Zwecke einräumt, daß sie, wenn der Mann verarmt, sich und ihre Kinder davon ernähren könne, (Nov. 97. cap. 6. § 1. L. 29. Cod. de jure dot.) so wird sich die sofortige Zuerkennung des Nießbrauches an die F.'sche Ehefrau, so wie solche im dießseitigen Urtheile geschieht, als vollkommen gerechtfertiget darstellen, — und bedarf es einer weitern Bestimmung über die Verwaltung des auszumittelnden Widerlags-Capitales um deswillen nicht, weil aus dem nunmehr festgestellten Hauptrechtsverhältnisse der Concursgläubiger und der F.'schen Ehefrau in Beziehung auf die Widerlage die beiderseitigen Befugnisse, in Beziehung auf die Sicherung und Verwaltung des Widerlags-Capitales sich von selbst ergeben.

2c. 2c. 2c.

München, den 6. Juni 1837.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Frhr. v. Freyberg.

Fränkl, Secr.

90.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Klagsache der J., Gräfin von L., gegen A., Gräfin von F., Hypothekfoderung, jetzt den Gerichtsstand und die Streitsverhandlung betr., zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichtes für den *** Kreis mit Verurtheilung eines jeden der beiden streitenden Theile in eine Succumbenzstrafe von 6 Thalern.

Enscheidungs-Gründe.

1. Da nach der deutschen Bundesacte und nach der Beilage IV. § 6. zur bayerischen Verfassungsurkunde den Standesherrn nur für ihre Personen und Familien ein privilegirter Gerichtsstand bei den Appellationsgerichten eingeräumt wurde, nach Thl. I. cap. 6. § 12. Nr. 5. des bayerischen Landrechtes aber jede Frau in den Stand, in die Würde, und in das forum ihres Mannes tritt, und diese Regel nur bei den Prinzessinen souveräner Häuser eine Ausnahme leidet, konnte die Gräfin von F. allerdings bei dem kön. Stadtgerichte München belangt werden.

2. Die erste Klage vom 14. praes. 16. Aug. 1828 war mangelhaft, denn

a) war sie gegen den Grafen von F. als angeblichen Hypothekar-Besitzer gerichtet, während doch nach dem Hypotheken-Auszuge die Gräfin von F. die Käuferin des Graf L.'schen Hauses ist.

b) Ferner sind nach dem Hypotheken-Auszuge die eingeklagten 67,500 fl. noch nicht hypothekarisch eingetragen, und gegen die Vormerkung wurde protestirt. Wegen einer bloß vorgemerkten Foderung findet aber nach § 9, 30, 49 und 54. des Hypothekengesetzes keine dingliche Klage gegen einen Dritten statt. Für die im Hypothekenbuche vorgemerkten Foderungen haftet zwar auch der dritte Besitzer, wie für eingetragene Hypotheken; die Foderung kann aber nach § 55. des Hypothekengesetzes gegen denselben erst dann geltend gemacht werden, wenn das Recht des Gläubigers auf die Hypothek außer Zweifel gesetzt ist. Die bloß auf Zahlung der vorgemerkten 67,500 fl. gerichtet gewesene Klage vom 14. Aug. 1828 war daher unzulässig.

c) Endlich bezieht sich die dieser Klage beigelegte Urkunde vom 12. und 18. September 1812 auf eine Hypothekverschreibung vom 12. Sept. 1800, welche aber auch beizulegen unterlassen wurde. Somit ist die Klägerin dadurch, daß sie mit ihrer Klage angebrachtermassen abgewiesen wurde, nicht im Mindesten gravirt.

3. Wenn auch nach dem oben lit. B. Gesagten wegen einer im Hypothekbuche bloß vorgemerkten Foderung gegen einen dritten Besitzer der Hypothek nicht sogleich auf Befriedigung aus derselben geklagt werden kann, sondern zuvörderst die Eintragung in das Hypothekenbuch bewirkt werden muß, so folgt doch daraus nicht, daß mit der Klage auf Realisirung der Vormerkung durch förmliche Eintragung nicht auch die Klage auf Befriedigung aus dem Hypothekobjecte eventuel cummulirt werden könne. Denn die Gerichtsordnung gestattet c. 4. § 9. ausdrücklich, daß mehrere Klagen, die einerlei Ursprung haben, und gegen ein und dieselbe Partei gerichtet sind, in ein Klaglibell zusammengefaßt werden, und daß, wenn wie in dem gegenwärtigen Falle eine Klage für die andere präjudiciel ist, eine subsidiäre Cummulirung derselben stattfinden dürfe.

In der am 4. August 1829 verfaßten und am 7. desselben Monats übergebenen neuen Klage wurde aber ausdrücklich zuvörderst auf Eintragung der vorgemerkten Hypothek, und so fort erst auf Execution angetragen. — Ferner liegt auch dieser Klage eine ältere K.'sche Schuld- und Vermögens-Verschreibung vom 15. Septbr. 1800 bei, und wenn auch nach dem Hypothekenbuch-Extracte die Vormerkung erst am 15. Jän. geschehen ist, so folgt doch schon aus der v. 16. Sptbr. 1824 eingelegten Protestation, daß die Anmeldung noch vor Auslauf des bis 1. Juni 1826 verlängerten präclusiven Termines geschehen seyn müsse.

Mit Recht wurde also in voriger Instanz die fernere Instruction der mutirten Klage in ihrem ganzen Umfange angeordnet.

4. Bei der oben gezeigten Mangelhaftigkeit der ersten Klage mußte Klägerin auch in die durch dieselben veranlaßten Kosten verurtheilt werden.

München, den 22. September 1832.

Oberappellations-Gericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Frhr. v. Welden, Präsident.

Frankl, Secr.

Bayerische Staatsbibliothek München

11.96

BUCHBINDEREI
OBERMEIER
Niederlassung München
Heßstraße 14
80799 München
Telefon 089/280011

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Du Prel, Max

Sammlung auserlesener bayer'scher Rechtsfälle, Präjudicien und anderer interessanter Erkenntnisse

Bd.: 6

Landshut (1838)

Bavar. 659-6
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10482190-5